

KONSESJONER, REGLENE OM DE FIRE FRIHETER OG STATSSTØTTEREGELVERKET

FOKUS PÅ TELESEKTOREN OG 3G-KONSESJONENE I EUROPA

Kandidatnummer: 335

Veileder: Olav Kolstad

Leveringsfrist: 25. april 2007

Til sammen 17 627 ord

21.11.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av tema og hovedproblemstilling	1
1.2	Oppgaven i korte trekk	2
1.3	De europeiske 3G-konsesjonene som case	2
1.4	Metodespørsmål	3
1.4.1	Relevante rettskilder	3
1.4.2	Litt om europarettlig metodelære	4
<u>2</u>	<u>KONSESJONSINSTITUTTET</u>	<u>11</u>
2.1	Innledning	11
2.2	Konsesjoner – en nærmere karakteristikk	11
2.2.1	Norsk forståelse	11
2.2.2	Europarettlig forståelse	12
2.3	Hensynene bak konsesjonsordninger	13
2.3.1	Sektoruavhengige hensyn	13
2.3.2	Hensynet bak 3G-konsesjonene	14
2.4	De enkelte konsesjonstypene (aktørbegrensningen)	15
2.5	Konsesjonstildelingen (aktørutvelgelsen)	17
2.5.1	Tildelingsprosessen	17
2.5.2	Tildelingsmetoder	18
2.5.3	Tildelingen av 3G-konsesjonene	21
2.6	Det rettslige forholdet mellom konsesjonsinstituttet og fellesskapsretten	23
<u>3</u>	<u>KONSESJONER OG REGLENE OM DE FIRE FRIHETER</u>	<u>27</u>

3.1	Innledning	27
3.2	Reglene om de fire friheter	28
3.3	Lovligheten av konsesjonsordninger	33
3.3.1	Innledning	33
3.3.2	Vurderingen etter reglene om de fire friheter	33
3.3.3	Vurderingen etter sekundærlovgivningen	39
3.4	Fellesskapsrettslige krav til tildelingsprosessen	42
3.4.1	Innledning	42
3.4.2	Vurderingen etter reglene om de fire friheter	42
3.4.3	Vurderingen etter sekundærlovgivningen	47
<u>4</u>	<u>KONSESJONER OG STATSSTØTTEREGELVERKET</u>	<u>50</u>
4.1	Innledning	50
4.2	Statsstøtteregelverket	50
4.2.1	Forbudet mot å yte statsstøtte	51
4.2.2	Lovlig statsstøtte	54
4.3	Konsesjoner og statsstøtteregelverket	54
4.4	En oversikt over mulige problemstillinger	56
4.4.1	Egenskapene ved de enkelte tildelingsmodellene	56
4.4.2	Svingninger i størrelsen på konsesjonsavgiftene	59
4.4.3	Etterfølgende endringer av konsesjonsvilkårene	61
4.4.4	Andre potensielle problemområder	62
4.5	Konsesjoner som lovlig statsstøtte	63
<u>5</u>	<u>OPPSUMMERING</u>	<u>64</u>
<u>6</u>	<u>KILDEHENVISNING</u>	<u>66</u>

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og hovedproblemstilling

Temaet og hovedproblemstillingen for denne oppgaven er konsesjoners forhold til den europeiske fellesskapsretten. Fremstillingen er ment å være en gjennomgang av og oversikt over regelverket som denne type markedsbegrensninger er underlagt. Dette omfatter først og fremst reglene om de fire friheter, men jeg trekker også frem spørsmålet om det kan reises problemstillinger rundt forholdet mellom en konsesjon og fellesskapsrettens generelle forbud mot å yte statsstøtte.

Den nasjonale lovgivningen innenfor EU- og EØS-landene og fellesskapsrettens regulering av næringsvirksomhet kan begrense antallet aktører i et marked. Aktører som ønsker å etablere seg i denne type markeder, kan bli stilt overfor spesielle krav som de må oppfylle, og gjennomføringen av rettighetstildelingen kan gjøres på forskjellige måter.

Konsesjonsordninger og andre offentlige godkjennelsessystemer er sentrale virkemidler i denne sammenhengen. En konsesjon *kan* imidlertid virke negativt inn på den frie konkurransen. Aktører som får konsesjon, kommer ofte i en særstilling som går på bekostning av markedsposisjonen til konkurrentene. Dette kan få stor betydning for konkurransen, blant annet innenfor telekommunikasjonssektoren hvor aktørene ofte er avhengige av å kunne utnytte begrensede ressurser med stor økonomisk og konkurransemessig verdi. Problemet er at det ofte bare er et fåtall av de potensielle aktørene som faktisk får en slik tillatelse. Spørsmålet er hvordan konsesjonsordninger forholder seg til fellesskapsretten. Hva legger fellesskapsretten i konsesjonsbegrepet? Når har medlemsstatene adgang til å konsesjonsbelegge et marked, og hva kreves av konsesjonstildelingsprosessene? Kan utnyttelsen av konsesjonsordninger føre til at medlemsstatene yter en form for ulovlig statsstøtte? Det er denne type problemstillinger jeg skal gå nærmere inn på i det følgende.

1.2 Oppgaven i korte trekk

Fremstillingen er delt inn i fire hoveddeler som hver for seg går inn på sentrale elementer i oppgaven. Innledningsvis presenterer jeg oppgavens tema og hovedproblemstilling før jeg går nærmere inn på den europarettslige metodelæren. Dette faller inn under del 1. Del 2 behandler en generell gjennomgang og karakteristikk av konsesjonsinstituttet. Hva er en konsesjon, hvilke hensyn kan ligge bak en konsesjonsordning, og hvilke konsesjonstyper finnes? Dette er ment å danne grunnlag for hoveddrøftelsen i del 3 og del 4. Avslutningsvis oppsummerer jeg fremstillingen i del 5.

1.3 De europeiske 3G-konsesjonene som case

I løpet av de siste tiårene har samfunnet utviklet seg i et voldsomt tempo. På lovgiversiden er det blitt et større fokus på konkurranse mellom markedsaktørene. Som et resultat av dette er nye konkurranseregler vedtatt både nasjonalt¹ og internasjonalt². I forbindelse med at fellesskapsmyndighetene valgte å innføre UMTS-teknologien³ som tredje generasjons mobiltelefoni i fellesskapsområdet,⁴ har både tjenestetilbydere og forbrukere fått nye muligheter i forhold til trådløs kommunikasjon. Dette har ført til at mobiltelefonioperatørene er blitt utsatt for et stort økonomisk og konkurransemessig press for å komme inn på 3G-markedet. Konkurransen om å få én av de tilgjengelige 3G-konsesjonene har vært hard i hele Europa. Inngangsbilletten til markedet har variert fra konsesjonsrettigheter med vederlag i milliardklassen til praktisk talt vederlagsfrie konsesjoner med minimale konsesjonsavgifter. Dette har ført til at det har dukket opp spørsmål om lovligheten av konsesjonsordningene og om tildelingen av enkelte

¹ Se Konkurranseloven

² Se EF-traktaten artikkel 81 til 89 og EØS-avtalen artikkel 53 til 65

³ UMTS (Universal Mobile Telecommunications System) er en 3G-standard basert på ITUs IMT-2000 rammeverk. Dette er en ny generasjon mobil bredbåndsteknologi som har flere og større muligheter enn forgjengerne. Se UMTSworld FAQ.

⁴ Jf. UMTS-beslutningen

konsesjoner kan ha vært en form for ulovlig statsstøtte. Siden virksomheten innenfor telesektoren preges av store økonomiske verdier, og når det etter innføringen av 3G-teknologien har dukket opp problemstillinger som kan relateres til de anvendte konsesjonsordningene, fremstår telesektoren og 3G-konsesjonene som et godt eksempel som kan følge gjennomgangen og belyse oppgavens tema.

1.4 Metodespørsmål

Oppgavens tema og hovedproblemstilling faller inn under europaretten som rettsområde. Det betyr at det kan oppstå spesielle rettskilde- og metodespørsmål. I dette punktet skal jeg trekke frem de viktigste og mest sentrale rettskildene i forhold til temaet. Jeg skal i tillegg gjøre rede for hovedlinjene i den europarettslige metodelæren og EF-domstolens fortolkningsstil.

1.4.1 Relevante rettskilder

EF-traktaten og *EØS-avtalen* er de rettskildemessige utgangspunktene og de sentrale rettskildene når man drøfter europarettslige rettsspørsmål. Det europeiske konkurranse- og statsstøtteregulverket har sitt utspring og sin forankring i disse traktatene. Reglene i EØS-avtalen er utformet med EF-traktaten som modell. Det betyr at begge traktatene bygger på de samme grunnleggende ideene og prinsippene. I avtalens artikkel 6 finner vi det såkalte homogenitetsprinsippet som sier at de materielle reglene i EØS-avtalen må leses på bakgrunn av EF-traktatens tilsvarende regler. Dette skal sikre en konsistent tolkning og anvendelse av de samme rettsreglene på tvers av fellesskapstraktatenes geografiske anvendelsesområde. I denne fremstillingen kommer jeg i hovedsak til å henvise til EF-traktaten.

Den sektorspesifikke sekundærlovgivningen er en annen viktig rettskilde. I forhold til oppgavens case omfatter denne i hovedsak *UMTS-beslutningen* og telesektorens

*rammedirektiv og tillatelsesdirektiv.*⁵ I tillegg vil rettspraksis fra henholdsvis førsteinstansretten og EF-domstolen være vesentlig for tolkningen av de enkelte reglene. Det er riktignok EF-domstolens avgjørelser som har størst vekt,⁶ men på enkelte områder er det førsteinstansretten som har dannet grunnlaget for regelutviklingen. Homogenitetsprinsippet i EØS-avtalen artikkel 6 kommer også til anvendelse i forhold til rettspraksis.

Det forekommer at jeg henviser til ikke-bindende uttalelser fra Kommisjonen, og periodevis vil jeg også vise til relevante norske rettsregler. De norske rettskildene har imidlertid ikke den samme rettskildemessige relevans og vekt i forhold til drøftelsene som de fellesskapsrettslige rettskildene. Det er heller et sammenlignings- og illustrasjonsgrunnlag.

1.4.2 Litt om europarettlig metodelære

Anvendelsen av EF-traktatens materielle rettsregler beror på et eget europarettlig rettskilde- og metodeperspektiv. Dette er begrunnet i europarettens autonome eller uavhengige karakter, og kravet om at fellesskapsreglene skal tolkes og anvendes likt i alle medlemslandene. Hvis hvert enkelt medlem hadde hatt anledning til å legge sin egen rettskilde- og metodelære til grunn for tolkningsprosessen, ville forskjellige tolkningstradisjoner og ulik tolkningspraksis hos det enkelte medlemmet ha gjort det vanskelig å oppnå likhet i tolkningene på tvers av landegrensene. Det er med andre ord nødvendig å ha en egen metodelære for å sikre rettssikkerhet og forutberegnelighet for de enkelte rettssubjektene uavhengig av nasjonalitet og tilholdssted.

⁵ Se litteraturlisten for henvisning til disse kildene. I det følgende bruker jeg disse navnene som betegnelse på kildene.

⁶ Jf. del 1.4.2

1.4.2.1 De viktigste rettskildene

Traktattekstene er den grunnleggende rettskilden og det sentrale utgangspunktet ved enhver rettsanvendelse innenfor europaretten. De fellesskapsrettslige traktatene inneholder grunnleggende regler og prinsipper samt formål og kompetansenormer for fellesskapsinstitusjonene.⁷ Traktattekstene kan med andre ord sammenlignes med de norske lovtekstene og er en rettskilde med stor rettskildemessig vekt og betydning.

Sekundærlovgivningen⁸ er en spesiell lovgivningsmetode vi ikke har i det norske rettsystemet. Det er en viktig rettskilde som inneholder mesteparten av de materielle rettsreglene. Sekundærreglene er med andre ord detaljlovgivningen innenfor fellesskapsretten. Som lovgivningsmetode skiller sekundærlovgivningen seg fra traktatverkene ved at det er en mindre tidkrevende prosess som ikke har den samme politiske betydningen som traktatverkene. Forordninger og direktiver er de viktigste sekundærrettslige rettsaktene i forbindelse med fellesskapets daglige virke.⁹ Forordninger får umiddelbart direkte virkning i alle medlemslandene. Det betyr at det materielle innholdet kan anvendes så fort forordningen er vedtatt av fellesskapsorganene, og uten at den har vært gjenstand for en gjennomføringsakt fra de nasjonale myndighetene.¹⁰ Direktiver har ikke denne allmenngyldige virkningen. De er bare bindende for medlemslandene i forhold til formålet.¹¹ Det er opp til hvert enkelt medlem å bestemme formen for den interne gjennomføringen. Direktiver er med andre ord en mer fleksibel lovgivningsmetode som ikke griper like langt inn i medlemsstatenes suverenitet som forordninger.

⁷ Nielsen s. 106

⁸ Se EF-traktaten artikkel 249

⁹ Det gjelder også i forhold til oppgavens tema. Jeg går derfor ikke nærmere inn på karakteristikken av de øvrige sekundærkildene.

¹⁰ Jf. EF-traktaten artikkel 249 (2)

¹¹ Op.cit. artikkel 249 (3)

Forarbeidene til traktater og andre europarettslige rettsakter spiller en langt mindre rolle i europaretten enn det lovforarbeidene gjør i norsk rett.¹² Når forarbeidene først legges til grunn, har de som regel svært liten eller ingen rettskildemessig vekt.¹³ Det er flere årsaker til dette. For det første er forarbeidene normalt sett lite tilgjengelige for rettsanvenderen. Det eksisterer for eksempel ingen forarbeider til de opprinnelige fellesskapstraktatene. Forarbeidene til senere vedtatte traktater inneholder som regel bare politiske uttalelser og vurderinger som er lite opplysende i forhold til juridiske tolkningsspørsmål.¹⁴ For det andre påvirkes forarbeidenes rettskildemessige vekt av lovgivningsprosessen. I motsetning til de nasjonale lovgivningsprosessene er utarbeidelsen av lovgivningen i europaretten som regel preget av forhandlinger og løsninger som medlemmene har kommet frem til ved hjelp av kompromisser.¹⁵ En utstrakt bruk av forarbeider vil for det tredje bryte med strukturen i europaretten, fordi det ikke er noen fellesskapsrettslige institusjoner som har fått hjemmel til å regulere rettslige forhold ut fra forarbeidene.¹⁶ Det skal imidlertid understrekes at det finnes flere og bedre forarbeider til sekundærlovgivningen enn det gjør til traktatverkene. EF-domstolen har imidlertid heller ikke på dette punktet valgt å legge nevneverdig vekt på forarbeidene.

EF-domstolens rettspraksis har stor vekt i den europarettslige metodelæren. På grunn av sin utstrakte rettspolitiske rolle har EF-domstolen skapt et bredt spekter av uskrevne regler. Dette har vært en del av arbeidet med å utfylle de skrevne reglene i traktat- og sekundærlovgivningen.¹⁷ EF-domstolen har selv forankret denne oppgaven i EF-traktaten artikkel 220 der det blant annet heter at domstolen skal være en institusjon som verner

¹² Sejersted m/fl. s. 54

¹³ Nielsen s. 109. Det hender likevel at EF-domstolen henviser til forarbeidene i forbindelse med en avgjørelse. Se *Storbritannia og Nord-Irland I* som illustrasjon.

¹⁴ Arnesen og Borgli s. 106

¹⁵ Sejersted m/fl. s. 54

¹⁶ Nielsen s. 123

¹⁷ Sejersted m/fl. s. 43

”...om lov og ret ved fortolkningen og anvendelsen...” av EF-traktaten. Selv om EF-domstolen formelt sett ikke er bundet av tidligere rettspraksis,¹⁸ er det likevel liten tvil om at den ved hjelp av sin dynamiske fortolkningsstil legger stor vekt på sine tidligere avgjørelser. Det skal mye til før rettssetningene i en tidligere dom fravikes til fordel for en ny forståelse.¹⁹

Medlemsstatenes nasjonale rett kan også få betydning for tolkningen av europaretten. I utgangspunktet er EF-domstolen ikke bundet av nasjonale løsninger, men det hender at den lar seg inspirere.²⁰ EF-domstolen har blant annet hentet flere av fellesskapsrettens grunnleggende prinsipper fra de nasjonale rettssystemene.

EF-domstolen er som nevnt ovenfor, en domstol som er svært aktiv innenfor det rettspolitiske arbeidet. Det har ført til at reelle hensyn er blitt en viktig rettskildefaktor i forhold til tolkningsprosessene. Dette er domstolens egne avveininger av hva som er rettferdig, rimelig og formålstjenlig.²¹ Enkelte hensyn kan imidlertid være mer sentrale og ha en langt større vekt enn andre. Det gjelder for eksempel ikke-diskriminerings- og proporsjonalitetsprinsippet.

Praksis fra andre myndigheter og juridisk teori må også nevnes som relevante rettskilder. Forvaltningspraksis kan være et viktig verktøy for å forstå hvordan Kommisjonen anvender fellesskapsrettens vage bestemmelser. Det er imidlertid usikkert hvor stor rettskildemessig vekt denne har. I utgangspunktet lar EF-domstolen seg ikke styre av andre organer når den fortolker og utfyller europaretten. Det er likevel sjelden den fraviker innarbeidet

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Se *Palmisani* som et eksempel på at EF-domstolen henviser til tidligere dommer i nye avgjørelser og *Keck* som et eksempel på at EF-domstolen har mulighet til å fravike sine tidligere avgjørelser.

²⁰ Sejersted m/fl. s. 55

²¹ Arnesen og Borgli s. 111

forvaltningspraksis hvis det kan føre til usaklig forskjellsbehandling og brudd på ikke-diskrimineringsprinsippet.²² Juridisk teori har på sin side formelt sett liten rettskildemessig vekt. Dette gjelder både i forhold til den norske rettskildelæren og i forhold til den europarettslige metodelæren. EF-domstolen henviser sjelden til uttalelser fra rettsvitenskapen, men det betyr likevel ikke at den ikke kan hente argumenter og inspirasjon fra teoretikerne.

1.4.2.2 EF-domstolens fortolkningsstil

EF-domstolen har utviklet en fortolkningsstil som på flere områder skiller seg fra tilsvarende praksis ved de nasjonale domstolene. Utgangspunktet for EF-domstolen når den skal tolke en fellesskapsrettslig lovtekst²³, er tekstens ordlyd. Dette reiser et særskilt problem i forhold til fellesskapslovgivningen. Både traktatverkene og sekundærlovgivningen er utformet på forskjellige språk som alle er autentiske og rettslig sett likestilte. I en konkret tolkningsprosess innebærer det at EF-domstolen kan komme til å stå overfor en og samme lovtekst med flere ordlyder som hver og en trekker i retning av forskjellige og kanskje motstridende tolkningsresultater. Dette problemet har EF-domstolen imidlertid løst ved at den tar hensyn til det faktum at tekstene er utformet på forskjellige språk når det rettslige innholdet klarlegges.²⁴ Utgangspunktet for tolkningen er ikke ordlyden i én tekstversjon, men en sammenligning av ordlyden i de forskjellige språklige versjonene.²⁵ EF-domstolen setter med andre ord teksten inn i en større fellesskapsrettslig sammenheng når den tar stilling til ordlyden og det språklige innholdet.²⁶

²² Sejersted m/fl. s. 55

²³ Jeg bruker begrepet ”lovtekst” som fellesbetegnelse på traktattekster og tekster med grunnlag i sekundærlovgivningen.

²⁴ *CILFIT* premiss 18 til 20

²⁵ Ibid. Se også Nielsen s. 138 og 139.

²⁶ *CILFIT* premiss 20

Ordlyden er imidlertid ikke noe mer enn et utgangspunkt. Den får sjelden avgjørende vekt i forbindelse med den endelige tolkningen. EF-domstolen har anlagt en dynamisk tolkningsstil som bygger på den teleologiske eller formålsrettede tolkningslæren. Dette innebærer at rettsanvenderen må finne frem til det alternativet som normalt sett er best egnet til å realisere tekstens formål og målsetninger. I en fellesskapsrettslig sammenheng betyr det at klare ordlyder kan ignoreres til fordel for tolkninger som EF-domstolen mener er i fellesskapets interesse. Dette formuleres ofte som at ordlyden vurderes i lys av fellesskapstraktatenes ånd og prinsipper.²⁷

På grunn av EF-domstolens teleologiske tilnærming til tolkningsspørsmålene har fellesskapsrettens målsetninger og formålsbetraktninger fått en viktig rolle i tolkningsprosessen. Både fellesskapstraktatene og sekundærlovgivningen gir uttrykk for formålene. Det er primært EF-traktaten artikkel 2 og EØS-avtalen artikkel 1 som er de sentrale formålsbestemmelsene. Europarettens har imidlertid adoptert et folkerettslig fenomen med fortaler. Lovtekstene innledes med en generell tekst som formulerer tekstens formål samtidig som den utdyper innholdet i de enkelte bestemmelsene. Den norske rettskildelæren har ikke noe tilsvarende verktøy. Fortalenes rolle kan likevel sammenlignes med de norske lovforarbeidene.²⁸ De er med andre ord et viktig tolkningsinstrument, men har ingen selvstendig rettskildemessig vekt.

EF-traktaten legger i artikkel 2 og 3 opp til at rettsanvenderen skal se på den indre sammenhengen mellom bestemmelsene når han tolker en fellesskapsrettslig lovtekst. Dette har preget EF-domstolens tolkningspraksis og ble også uttrykt i *Palmisani*. Der uttalte domstolen at det kunne utledes et erstatningsansvar med grunnlag i fellesskapsrettens system hvis medlemsstatene feilimplementerte fellesskapsretten.²⁹ Den dynamiske tolkningsstilen er med andre ord nødvendig for å sette de fellesskapsrettslige reglene inn i

²⁷ *Continental Can* premiss 22

²⁸ Sejersted m/fl. s. 55

²⁹ *Palmisani* premiss 24

en større sammenheng og for å sikre effektiv anvendelse på tvers av hele samarbeidsområdet.³⁰

³⁰ Nielsen s. 140

2 Konsesjonsinstituttet

2.1 Innledning

Juridiske disposisjoner som erverv av fast eiendom, faktiske handlinger som utbygging av vannkraft og ervervsmessig utnyttelse av titler som advokat eller eiendomsmegler har alle én ting til felles; de er regulert av forskjellige godkjennelsesordninger og konsesjonsregler. I dette kapitlet skal jeg peke på hva som karakteriserer en konsesjon og et konsesjonssystem, hvilke hensyn konsesjonsordninger kan bygge på, og hva som er de vanligste konsesjonstypene og konsesjonstildelingsprosessene.

2.2 Konsesjoner – en nærmere karakteristikk

2.2.1 Norsk forståelse

I det norske rettssystemet er begrepet ”konsesjon” definert som et generelt forbud mot en faktisk handling, en juridisk disposisjon eller en tilstand som myndighetene har kompetanse til å gjøre unntak fra.³¹ På tross av denne klare definisjonen opererer lovgivning, rettspraksis og juridisk teori med en uklar og lite enhetlig begrepsbruk. Forskjellige uttrykk brukes om hverandre uten at de er ment å uttrykke forskjellige forhold. I denne fremstillingen bruker jeg konsesjonsbegrepet som et samlebegrep for uttrykk som tillatelse, godkjennelse, bevilling, lisens, løyve og autorisasjon.³²

Den norske konsesjonsdefinisjonen er bred. Begrepet dekker flere forskjellige forhold i lovverket. Det kan illustreres med tre eksempler. For det første vil et foretak som leter etter

³¹ Mestad s. 5

³² Se Eckhoff/Smith s. 335 for den samme tilnærmingen til konsesjonsbegrepet.

olje- og gassforekomster på havbunnen, utøve en faktisk handling.³³ Dette er en type virksomhet som aktørene bare kan utøve hvis de har fått nødvendige godkjenninger eller tillatelser fra oljemyndighetene. En person som erverver eiendoms- eller bruksrett til fast eiendom, vil for det andre foreta en juridisk disposisjon.³⁴ Konesjonsordninger har tradisjonelt sett spilt en viktig rolle i forbindelse med fast eiendom. For det tredje vil en jurist som utøver advokatvirksomhet og bruker advokattittelen, være i en tilstand eller posisjon som krever at han innehar bestemte kvalifikasjoner. Dette er en type virksomhet som myndighetene har sett på som viktig å kontrollere.³⁵ Ved hjelp av bevillings- eller godkjennelsesordninger kan myndighetene stille generelle krav som gjør det mulig å etterprøve om aktøren har de nødvendige kvalifikasjonene.

2.2.2 Europaretslig forståelse

EF-domstolen opererer med en egen forståelse av konsesjonsbegrepet. Denne må ikke forveksles med medlemslandenes nasjonale tolkninger. I europaretten er konsesjonsordninger definert som alle offentlige ordninger eller systemer som krever en eller annen form for forhåndsgodkjenning fra myndighetene. I norsk sammenheng kan utslippstillatelser gitt av Statens forurensingstilsyn være et godt eksempel på en ordning som faller inn under EF-domstolens forståelse. EF-domstolen har videreutviklet denne tolkningen og kommet frem til at konsesjonsordninger også utgjør en restriksjon på de fire friheter.³⁶ EF-domstolen opererer med andre ord med et videre konsesjonsbegrep sammenlignet med det norske rettssystemet. Forskjellen går i hovedsak ut på at EF-domstolen legger mindre vekt på ordningenes formelle karakter og utforming enn hva de norske domstolene gjør. EF-domstolen legger med andre ord opp til en vurdering av om konsesjonsordningen enten faktisk eller potensielt kan ha en negativ innvirkning på bevegeligheten til de fire friheter. Dette er en synsvinkel EF-domstolen gjentatte ganger har

³³ Jf. petroleumsloven § 1-6 bokstav c

³⁴ Jf. konsesjonsloven

³⁵ Jf. domstolloven § 220

³⁶ Dette går jeg nærmere inn på nedenfor.

lagt til grunn, blant annet i en av de såkalte Golden Share-sakene.³⁷ Konsekvensen av at EF-domstolen har tolket konsesjonsbegrepet på denne måten, er at ordningene faller inn under de grunnleggende fellesskapsrettslige prinsippene om ikke-diskriminering og proporsjonalitet.³⁸

I den videre gjennomgangen legger jeg EF-domstolens forståelse av konsesjonsbegrepet til grunn for drøftelsene. I forhold til norske konsesjonsordninger har dette imidlertid liten eller ingen praktisk betydning. Alle ordninger som omfattes av den norske definisjonen, faller også inn under den europaretslige forståelsen av begrepet.

2.3 Hensynene bak konsesjonsordninger

En konsesjonsordning kan bygge på mange forskjellige hensyn. Disse kan variere fra område til område. Flere hensyn kan sammen gjøre det nødvendig å regulere og organisere en samfunnsoppgave eller et rettslig forhold ved hjelp av konsesjonsinstituttet. Det er med andre ord ikke mulig å sette opp en uttømmende liste over hva som er relevante hensyn bak en konsesjonsordning. Det beror på den gjeldende samfunnsoppfatningen, utviklingen av den generelle samfunns- og næringsreguleringen og den konkrete sektoren som konsesjonsordningen tar sikte på å regulere. Nedenfor omtaler jeg kort de viktigste og mest anførte hensynene; først generelle hensyn, deretter hensynet bak konsesjonsordningene på det europeiske 3G-markedet.

2.3.1 Sektoruavhengige hensyn³⁹

Konsesjonsordninger begrunnes ofte med sosialpolitiske hensyn. Dette står for eksempel i sentrum når myndighetene avgjør om et serveringssted skal få skjenkebevilling, eller om

³⁷ Se *Storbritannia og Nord-Irland II*. "Golden Share" er en spesiell aksjetype hvor aksjonæren har enkelte rettigheter som de øvrige aksjonærene ikke har.

³⁸ Graver s. 225

³⁹ Ibid.

pengespill- og spilleautomatsektoren skal organiseres som et monopol.⁴⁰ Problemer forbundet med alkohol- og spilleavhengighet er oppgaver samfunnet må ta alvorlig og løse i fellesskap. Én mulig løsning er at myndighetene forsøker å begrense tilgang og tilbud ved hjelp av lovregulering. Dette kan gjøres ved å kreve at markedsaktørene har konsesjon eller en annen form for spesiell tillatelse fra det offentlige.

Konsesjonsordninger kan også bygge på mer økonomiske hensyn, for eksempel ønsket om å sikre markedsaktørene økonomisk lønnsomhet. Ved å begrense tjenesteadgangen på et generelt grunnlag kan lovgiver sørge for at markedsaktørene bare har et fåtall av konkurrenter å forholde seg til. Dette står for eksempel sterkt i forhold til reguleringen av kollektivtrafikken i Norge.⁴¹

I andre sammenhenger er det ikke nødvendigvis sosialpolitiske og økonomiske hensyn som danner grunnlaget for at myndighetene ønsker å konsesjonsbelegge en virksomhet, men det offentliges behov for å stille individuelle krav til aktørene og muligheten til å styre markedsutviklingen i ønsket retning. Disse hensynene er relevante i forbindelse med blant annet utslippstillatelser og tillatelser til å drive finansinstitusjon.⁴² Her er det viktigere å stille klare kvalifikasjonskrav til aktørene enn å passe på at virksomheten kan drives innenfor økonomiske lønnsomhetskriterier.

2.3.2 Hensynet bak 3G-konsesjonene

Konsesjonsordninger innenfor telekommunikasjonssektoren bygger verken på sosialpolitiske eller økonomiske hensyn. Begrunnelsen er mer sektorspesifikk. Anvendelsen av konsesjonsordninger begrunnes med hensynet til forvaltningen av det elektromagnetiske frekvensspekteret, jf. tillatelsesdirektivet artikkel 5 (5). Konsesjonsrettigheter kan med andre ord betegnes som frekvensrettigheter.

⁴⁰ Jf. alkoholloven § 1-7 jf. kap. 4 og 5

⁴¹ Se yrkestransportloven § 4

⁴² Jf. forurensningsloven § 11 og finansieringsvirksomhetsloven § 3-3

Det elektromagnetiske frekvensspekteret er en naturlig ressurs som er nødvendig for all trådløs signaloverføring.⁴³ Dette gjelder for eksempel for mottak og sending av radiosignaler i AM- og FM-båndet, radiokommunikasjon til sjøs via VHF- og UHF-båndet og kommunikasjon via mobiltelefoninettverk som NMT⁴⁴, GSM⁴⁵ og den nye 3G-standarden. Det store spørsmålet er imidlertid hvorfor forvaltningen av frekvensspekteret tilsier at markedsadgangen må begrenses ved hjelp av konsesjoner.

Frekvensspekteret kan bare utnyttes i begrenset utstrekning. Det er kun et visst antall tilgjengelige frekvenser. For å sikre kvalitet, unngå interferens i forhold til tilstøtende frekvensområder og sikre effektiv og lønnsom utnyttelse, er det nødvendig å føre kontroll med hvilke aktører som skal ha adgang og rett til å utnytte de enkelte frekvensene.

2.4 De enkelte konsesjonstypene (aktørbegrensningen)

Konsesjoner og konsesjonsordninger eksisterer i flere former. Et hovedskille må trekkes mellom ordninger som på den ene siden skal regulere og forvalte en begrenset ressurs og derfor er innskrenket til et bestemt antall konsesjoner, og konsesjonsordninger som på den annen side skal være med på å sikre at alle søkere som oppfyller de forhåndsfastsatte vilkårene, blir tildelt konsesjon. I dette avsnittet går jeg kort inn på denne grensedragningen, og hva som karakteriserer de enkelte konsesjonstypene.

Konsesjonssystemer som har ubegrenset antall konsesjoner og som er åpne for alle som oppfyller vilkårene, karakteriseres ofte som autorisasjons-, bevillings- eller

⁴³ Cartelier s. 63 flg.

⁴⁴ NMT (Nordic Mobile Telephony) var blant de første helautomatiserte mobiltelefonisystemene som ble åpnet for allmennheten. NMT betegnes som første generasjon mobiltelefoni. Se NPT-rapport 2002 punkt 3.1.1.

⁴⁵ GSM (Global System for Mobile Communications) er den digitale videreføringen av NMT, og omtales som andre generasjon mobiltelefoni. Se NPT-rapport 2002 punkt 3.1.1.

godkjennelsesordninger.⁴⁶ Innenfor mange områder er dette et alminnelig virkemiddel for å styre samfunnet i ønsket retning. Slike konsesjonsordninger legger vanligvis ingen vekt på om andre aktører er blitt tildelt en tilsvarende konsesjon. Disse ordningene kan deles inn i to hovedgrupper; tillatelser som søkerne har et rettskrav på å bli tildelt hvis de oppfyller vilkårene,⁴⁷ og godkjennelsesordninger der myndighetene etter en konkret helhetsvurdering avgjør om de enkelte søkerne skal gis tillatelse.⁴⁸ Hva som skal legges til grunn for en konkret ordning, er det opp til lovgiver å ta stilling til. I den videre drøftelsen går jeg ikke nærmere inn på denne typen aktørbegrensninger.

Konsesjonsordninger som begrenses seg til et bestemt antall konsesjoner, er kjernen i konsesjonsinstituttet og den interessante konsesjonstypen i denne fremstillingen. Det er flere årsaker til at enkelte ordninger har en slik begrensning. For det første kan det være ønskelig at myndighetene beholder kontrollen over en bestemt næringssektor uten at de må gå til det skrittet å monopolisere sektoren. For det andre kan det av forskjellige årsaker være hensiktsmessig å begrense antall aktører i et marked. For det tredje kan det være nødvendig å begrense antall rettighetsposisjoner, fordi konsesjonsordningen tar utgangspunkt i en begrenset ressurs. Utbyggingsprosjekter i forbindelse med vannkraft og mobiltelefoninettverk er eksempler på det sistnevnte. I denne oppgaven konsentrerer jeg meg om konsesjonsordninger som er begrenset til et bestemt antall rettighetsposisjoner, men som likevel åpner for mer enn én aktør.

I forhold til konsesjonsinstituttet må også offentlige anskaffelser og konsesjonskontrakter nevnes som relevante aktørbegrensninger. En offentlig anskaffelse innebærer at

⁴⁶ Graver s. 225 og Bekkedal s. 145

⁴⁷ En jurist som søker om advokatbevilling har etter domstolloven § 220 et rettskrav på å bli tildelt bevilling hvis vilkårene er oppfylt.

⁴⁸ Vurderingen av en søknad om skjenkebevilling i medhold av alkoholloven er av sosialpolitiske årsaker tillagt forvaltningens skjønn. En aktør som søker om skjenkebevilling har aldri noe rettskrav på å bli tildelt bevilling.

myndighetene legger en samfunnsoppgave ut på anbud og kjøper denne tilbake som en vare eller tjeneste.⁴⁹ Konesesjonskontrakter kan beskrives som en mellomting hvor myndighetene velger en aktør til å utføre en samfunnsoppgave på egen risiko, men med et tilskudd fra det offentlige som vederlag for utførelsen.⁵⁰ På grunn av de nære båndene til alminnelige konsesjonsordninger kan rettspraksis og lovgivning i forbindelse med dette trekkes inn i vurderingen av konsesjonsordninger generelt sett.

2.5 Konesesjonstildelingen (aktørutvelgelsen)

2.5.1 Tildelingsprosessen

Mens konsesjonsordningen danner grunnlaget for at myndighetene har kompetanse til å gjøre unntak fra et generelt lovforbud, er konsesjonstildelingen selve prosessen som kan resultere i at myndighetene vedtar ett eller flere slike unntak. Denne prosessen kan deles opp på to måter, enten ut fra kriteriene myndighetene baserer tildelingen på, eller med bakgrunn i den konkrete saksbehandlingen.⁵¹

Myndighetene kan på forskjellig vis fatte avgjørelse om å gi konsesjon til en aktør. I forbindelse med myndighetenes fastsettelse av kriterier må det skilles mellom rene skjønnsbaserte avgjørelser og avgjørelser som fattes på grunnlag av klare og faste regler. Et vedtak fra oljemyndighetene om å gi et petroleumsforetak en undersøkelses- eller utvinningstillatelse⁵², er et typisk eksempel på en skjønnsbasert avgjørelse. Dette står i skarp kontrast til myndighetenes behandling av søknader om for eksempel advokatbevilling hvor prosessen styres av faste regler som forvaltningen ikke har adgang til å fravike.

⁴⁹ Graver s. 226

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Op.cit. s. 228

⁵² Jf. petroleumsloven §§ 2-1 og 3-3

Saksbehandlingen i forbindelse med konsesjonstildelinger varierer fra område til område. Et skille kan trekkes mellom tilfeller der søkeren tar initiativ overfor myndighetene til å få en spesiell tillatelse, og tilfeller der det offentlige starter den samme prosessen. I markeder hvor det dreier seg om konsesjonsordninger som ikke er begrenset i noen form, og hvor konsesjonstildelingen beror på om søkeren oppfyller et sett med forhåndsfastsatte vilkår, er det som regel aktørene selv som tar initiativet til å skaffe seg konsesjon. Dette er ofte nødvendig for at aktøren skal kunne operere i markedet. Hvis det derimot er det offentlige som tar initiativ til konsesjonstildelingsprosessen, skjer det som regel ved utlysning. På denne måten kan myndighetene skaffe seg oversikt over aktører det kan være aktuelt å tildele konsesjon uten at det er nødvendig å gjennomføre en omfattende og arbeidskrevende forhåndsutredning. I disse situasjonene står konkurransebaserte tildelingsprosesser i sentrum.

I denne oppgaven fokuserer jeg på konsesjonstildelingsprosesser hvor det er opp til myndighetene å avgjøre om konsesjon skal gis, og hvor det er konkurransebaserte tildelingsmetoder som danner grunnlag for hvilke aktører som får konsesjon. Det er denne type konsesjonsordninger som har stått i sentrum i forbindelse med 3G-konsesjonene, både i Norge og Europa generelt sett.

2.5.2 Tildelingsmetoder

En konsesjon kan deles ut på flere måter, og tildelingsprosessen kan baseres på forskjellige utvelgelsesmetoder. Hvilken tildelingsmodell som skal benyttes i en konkret konsesjonsordning, er det opp til de nasjonale myndighetene å avgjøre i hvert enkelt tilfelle. I dag er det i hovedsak to metoder som brukes i forbindelse med konkurransebaserte konsesjonstildelinger; auksjonsmodellen og anbudsmodellen.

2.5.2.1 Auksjonsmodellen⁵³

Auksjonsmodellen bygger på et gammelt og kjent prinsipp: den som har størst betalingsvilje, er den som i konkurranse med andre får tilslaget på auksjonsobjektet. Utnyttelsen av en slik tildelingsmodell i forbindelse med konsesjoner kan begrunnes med flere hensyn. For det første kan en auksjon være med på å sikre at myndighetene får et vederlag fra markedsaktørene for rettighetene som konsesjonene representerer.⁵⁴ Dette har man sett gjentatte ganger i løpet av det siste tiåret innenfor telesektoren. For det andre kan en konsesjonsauksjon være en egnet måte å sikre at rettighetene til en begrenset ressurs fordeles på den mest effektive måten. Dette synspunktet bygger på tanken om at den som kan betale mest for en ressurs, er den som normalt kan utnytte ressursen på best mulig måte i et større samfunnsmessig perspektiv.⁵⁵ Den generelle europeiske tendensen er at stadig flere konsesjoner auksjoneres bort. Det kan også synes som om Kommisjonen ønsket at dette skulle være den alminnelige tildelingsmetoden i forbindelse med konsesjonsordninger innenfor telekommunikasjonssektoren.⁵⁶

En konsesjonsauksjon kan i hovedsak gjennomføres på to forskjellige måter. Det kan være en åpen auksjon der alle konsesjonene auksjoneres bort samtidig. Denne auksjonsformen består av flere budrunder. Ved begynnelsen av hver budrunde må budgiverne øke eget bud for fortsatt å kunne delta i auksjonen og konkurrere om én av de tilgjengelige konsesjonene. Auksjonen avsluttes når det er like mange budgivere igjen som det er ledige konsesjoner. Konsesjonsauksjonen kan også organiseres i mer lukkede former. En lukket auksjon kjennetegnes ved at den ikke har offentlighet rundt budgivningen. Denne auksjonsformen gir hver budgiver mulighet til å legge inn kun ett bud som må leveres auksjonsmyndighetene i en lukket konvolutt før budfristen utløper. Konsesjonstildelingen

⁵³ Cartelier s. 66 til 69

⁵⁴ Graver s. 230

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Op.cit. s. 240 og 241

foretas på bakgrunn av budenes størrelse. Auksjonen avsluttes ved at myndighetene offentliggjør størrelsen på vinnerbudene og hvilke aktører som er blitt tildelt konsesjon.

Konsesjonsauksjoner er enkle å gjennomføre. Det er en stor fordel og gjelder både åpne og lukkede auksjoner. Åpne auksjoner gir budgiverne mulighet til å revurdere egen oppfatning og verdivurdering av konsesjonsrettighetene under selve budgivningsprosessen. Under en lukket auksjon har ikke auksjonsdeltagerne denne muligheten. Det knytter seg imidlertid ulemper til de åpne auksjonene. Store, etablerte aktører kan benytte sin økonomiske styrke til å presse nye og mindre aktører ut av tildelingskonkurransen. På samme måte kan prosessen stimulere to eller flere aktører til å inngå et skjult samarbeid for å styre budgivningen og derved kontrollere så vel størrelsen på vinnerbudet som vinnerne av auksjonen. Et ytterligere skille mellom åpne og lukkede auksjoner kan være de lukkede auksjonenes evne til å stimulere aktører som normalt ikke ville deltatt i auksjonen, til å legge inn bud og konkurrere om en av de tilgjengelige rettighetsposisjonene. På denne måten kan auksjonen bidra til rekruttering av nye aktører og konkurrenter til markedet. Dette kan også føre til at små og aggressive aktører fremmer høyere bud enn større og mer konservative deltakere. Lukkede auksjoner har derfor ikke den samme evnen som åpne auksjoner til å presse konsesjonsavgiftene i været. Dette er positivt både for markedsaktørene og for forbrukerne og kan bidra til en lavere terskel for deltakelse i en konsesjonsauksjon.

2.5.2.2 Anbudsmodellen⁵⁷

Anbudsmodellen, som også betegnes som skjønnhetskonkurranser, innebærer normalt sett at myndighetene tar initiativ til å dele ut konsesjonene. Dette skjer gjennom utlysning eller andre former for offentliggjøring. Utlysningen oppfordrer som hovedregel alle interesserte aktører til å gi bud samtidig som den gir uttrykk for hvilke forpliktelser myndighetene forventer at konsesjonæren skal være villig til å påta seg. Dette danner grunnlaget for myndighetenes skjønnsmessige vurdering av de enkelte konsesjonssøknadene og den

⁵⁷ Cartelier s. 69 og 70

endelige tildelingen av de tilgjengelige konsesjonene. Konsesjonene gis til de søkere myndighetene mener vil påta seg flest forpliktelser i samsvar med anbudskriteriene og som er til samfunnets beste. Med denne prosedyren har myndighetene bedre kontroll med mulighetene til å realisere politiske målsetninger enn når konsesjonene auksjoneres bort. Inngangsbilletten til markedet blir som regel ikke så høy som ved en auksjon. På den annen side er anbudsprosedyren mindre objektiv enn auksjonsprosessen. Forvaltningens skjønn knyttet til hvert enkelt anbud avgjør om den enkelte aktør skal tildeles konsesjon. En aktør vil på denne måten lettere kunne påta seg langsiktige forpliktelser som det i det lange løp kan vise seg å være umulig eller urealistisk å innfri. Dette kan føre til at enkelte aktører tilbakeleverer tildelte konsesjoner.

2.5.3 Tildelingen av 3G-konsesjonene

Tildelingen av de europeiske 3G-konsesjonene er blitt gjennomført på forskjellige måter. Storbritannia, Tyskland, Italia, Belgia og Danmark gjennomførte konsesjonsauksjoner. Norge, Sverige, Finland, Frankrike og Spania er land som valgte anbudsmodellen.⁵⁸ Myndighetene har vanligvis gjennomført én enkelt tildelingsrunde hvor alle tilgjengelige konsesjoner er blitt fordelt. Enkelte land har imidlertid måttet arrangere flere tildelingsrunder. Årsaken har enten vært manglende interesse, eller at tidligere tildelte konsesjoner er blitt tilbakelevert. I de sistnevnte tilfellene har valget av tildelingsmodell variert. De forskjellige tildelingsrundene har ikke nødvendigvis blitt gjennomført etter den samme utvelgelsesmodellen.

Auksjonsmodellen har de siste årene vært normen ved tildeling av telekonsesjoner i Europa. 3G-konsesjonene representerer intet unntak. Den store verdien frekvensrettigheter har for markedsaktørene har generert store inntekter til medlemsstatene. Vederlagene har ofte blitt meget høye. For medlemsstatene kan konsesjonsrettigheter utgjøre et betydelig inntektsgrunnlag for statskassen.

⁵⁸ Se IT-styrelsens evalueringsrapport, tabell 1

I Storbritannia var det fem 3G-konsesjoner som ble fordelt ved hjelp av en konsesjonsauksjon. Auksjonen ble organisert som en åpen auksjon. 150 budrunder resulterte i et totalt konsesjonsvederlag på 22 milliarder britiske pund eller 263 milliarder norske kroner.⁵⁹ Snittprisen var altså i underkant av 53 milliarder norske kroner per konsesjon.

Danmark valgte også auksjonsmodellen, men auksjonen ble gjennomført i en lukket form. Myndighetene la stor vekt på ikke å presse konsesjonsvederlaget i været, men ønsket samtidig å dra nytte av fordelene ved en auksjon. Målsetningen var et konkurransepreget marked, effektiv ressursutnyttelse og markedspris for rettighetsposisjonene.⁶⁰ De tilgjengelige konsesjonene ble fordelt til en pris som lå langt under den britiske standarden; 950 millioner danske kroner per konsesjon.⁶¹

Den vanlige tildelingsmetoden i forbindelse med konkurransebasert konsesjonstildeling har vært anbudsmodellen. Norge var et av landene som benyttet tradisjonell utvelgelsesmodell. Den første tildelingsrunden ble gjennomført som en skjønnhetskonkurranse i 2000. Det var syv søkere til fire konsesjoner. På bakgrunn av Post- og teletilsynets innstilling og sentraladministrasjonens egne vurderinger, ga Samferdselsdepartementet Norges 3G-konsesjoner til Telenor, NetCom, Tele2 og Broadband Mobile.⁶² Hver av de fire konsesjonærene måtte betale en engangsavgift på 200 millioner norske kroner samt en årlig avgift etter vedtak fattet av Stortinget.⁶³ Broadband Mobile og Tele2 leverte senere sine konsesjoner tilbake. Myndighetene ble derfor nødt til å gjennomføre flere tildelingsrunder.

⁵⁹ Auksjonsresultat – Storbritannia. Omregningen til norske kroner er basert på valutakursene pr. 24. april 2007.

⁶⁰ IT-styrelsens evalueringsrapport

⁶¹ 3G-sekreteriatets forsidenotat, s. 3

⁶² 114/2000

⁶³ NetCom 3G-konsesjon, punkt 3

I 2003 ble det gjennomført en lukket auksjon med Hi3G som eneste budgiver.⁶⁴ En tredje tildelingsrunde ble gjennomført i 2006. Også den var en lukket auksjon. Myndighetene mottok ingen bud til tross for at flere aktører hadde uttalt sin interesse.⁶⁵ Den fjerde 3G-konsesjonen i Norge er fremdeles ledig.

2.6 Det rettslige forholdet mellom konsesjonsinstituttet og fellesskapsretten

Det europeiske fellesskapet bygger på ideen om at medlemsstatenes nasjonale markeder skal smelte sammen til et stort indre fellesmarked. Dette skal fungere som et nasjonalt marked, men skal på samme tid ikke ta hensyn til medlemsstatenes landegrenser. For å kunne realisere et slikt marked kreves regelverk som regulerer den enkelte medlemsstats mulighet til å strukturere og kontrollere de nasjonale markedene. EF-traktatens generelle regler om de fire friheter og de mer spesielle konkurranse- og statsstøttereglene spiller her en viktig rolle. Konsesjonsordninger som er begrenset til et bestemt antall rettighetsposisjoner reiser i denne forbindelsen flere interessante problemstillinger.

Helt siden det europeiske fellesskapet ble opprettet i 1957, har de materielle rettsreglene vært gjenstand for en kontinuerlig utviklings- og endringsprosess. De opprinnelige traktatbestemmelsene er blitt endret, og nye bestemmelser har kommet til. EF-domstolen har samtidig vært aktiv med å stake ut kursen for riktig forståelse og regelanvendelse. Dette er resultat av fellesskapsrettens dynamiske karakter og evne til å tilpasse seg den løpende samfunns- og næringsutviklingen. Det betyr også at konsesjonsordninger ikke alltid har hatt den samme rettslige stillingen som i dag. Da EF-traktaten ble undertegnet, var det alminnelig enighet om at det i enkelte sammenhenger var viktigere at nasjonale myndigheter hadde kontroll over oppgaver av stor samfunnsmessig betydning, enn at det skulle stimuleres til økt konkurranse, effektiv ressursbruk og handel på tvers av landegrensene. Dette gjaldt for eksempel ansvaret for renovasjonsoppgaver, tillatelser til vassdragsutbygging, utvinning av oljeressurser og infrastrukturen knyttet til

⁶⁴ 99/03

⁶⁵ 104/06

telekommunikasjon. Statlige monopoler og konsesjonsordninger var sentrale virkemidler for å sikre myndighetenes kontroll over disse områdene.

Frem til midten av 1980-tallet ble slike ordninger ansett for å være forenlig med fellesskapsretten. Dette kom klart og tydelig frem i blant annet *Sacchi* hvor EF-domstolen vurderte det italienske fjernsynsmonopolet. Konklusjonen var at EF-traktaten ikke hindret medlemsstatene i å begrense markedsadgangen. Begrensningen måtte imidlertid være i tråd med samfunnets interesser uten at den var begrunnet med økonomiske hensyn.⁶⁶ Monopolrettigheter var med andre ord lovlig. Dette gjaldt også når ordningene hadde restriktive eller konkurransebegrensende virkninger.⁶⁷

I løpet av 1980- og 1990-tallet ble stadig flere næringssektorer liberalisert. Statlige monopoler ble oppløst, og tidligere monopoliserte markeder ble konkurranseutsatt. Fellesskapets generelle oppfatning av aktørbegrensninger endret seg i takt med denne utviklingen. Konsesjoner og andre spesielle tillatelser ble vurdert som særlige eller eksklusive rettigheter som kunne gi de privilegerte foretakene en dominerende stilling i markedet. EF-domstolen begynte derfor å vurdere medlemsstatenes bruk av aktørbegrensninger i forhold til konkurransereglene. Kjernen i vurderingen var misbrukskriteriet i EF-traktaten artikkel 82. I forhold til konkurransereglenes anvendelsesområde og den generelle oppfatningen av konsesjonsinstituttet, var dette et nyskapende veivalg. Hvordan var det mulig å anvende konkurransereglene på medlemsstatenes organisering av nasjonale markeder når dette regelsettet opprinnelig var beregnet på markedsaktørenes atferd og ikke på medlemsstatenes markedsstrukturelle tiltak? Tankegangen var ønsket om å sikre effektiv ressursbruk gjennom økt kontroll av markedsstrukturen. EF-domstolen valgte å sammenligne det tradisjonelle misbruket av

⁶⁶ *Sacchi* premiss 14

⁶⁷ Bekkedal s. 148

markedsrett, som for eksempel å ikke møte etterspørselen i et marked eller å legge seg på et kunstig høyt prisnivå, med aktørbegrensningenes evne til å skape ineffektive markeder.⁶⁸

I dag vurderes konsesjonsordninger og forvaltningsprosessen som ligger bak en konsesjonstildeling opp mot reglene om de fire friheter. Innholdet i dette regelsettet og vurderingen av dette behandles nedenfor.⁶⁹ Dette er en videreutvikling av den konkurransebaserte markedskontrollen som vokste frem i kjølvannet av liberaliseringsprosessene på 1980- og 1990-tallet. Reglene om de fire friheter ble opprinnelig ikke ansett for å være noe problem i forhold til statlige monopoler, konsesjonssystemer generelt sett eller medlemsstatenes øvrige markedsstrukturelle tiltak. Slike tiltak trengte som regel ingen nærmere begrunnelse, så lenge det ikke ble antatt at ordningene diskriminerte markedsaktørene på bakgrunn av nasjonalitet. Det førte til at man i vurderingen av konsesjonsordninger fant det unødvendig å trekke inn reglene om de fire friheter.

I forhold til vurderingen av aktørbegrensninger kan konsesjonsinstituttet bringe tankene over på reguleringen av "*særlige eller eksklusive rettigheter*" i EF-traktaten artikkel 86.⁷⁰ En konsesjonsrettighet innebærer som regel at konsesjonæren får en privilegert stilling sett i forhold til konkurrenter som ikke har en tilsvarende rettighet. Generelle tillatelser til markedsaktørene på bakgrunn av alminnelige godkjennelsesordninger faller utenfor denne bestemmelsen. En tillatelse til én aktør vil i denne forbindelse ikke sperre muligheten for andre aktører til å få den samme tillatelsen.⁷¹

Spørsmålet er om EF-traktaten artikkel 86 kommer til anvendelse overfor konsesjoner som har et begrenset antall rettighetsposisjoner og hvor aktørutvelgelsen er basert på

⁶⁸ Se Bekkedal s. 148 til 151 for en nærmere gjennomgang av dette

⁶⁹ Se del 3

⁷⁰ Bekkedal s. 145

⁷¹ Ibid.

konkurranse. 3G-konsesjonene er som nevnt ovenfor, en slik form for konsesjonsordning. Det er en aktørbegrensning som det språklig sett ikke kan være særlig tvil om faller inn under et begrep som "særlig eller eksklusiv rettighet". Ut i fra rettspraksis er det imidlertid klart at EF-domstolen på generelt grunnlag ikke anvender artikkel 86 på vurderingen av konsesjonsordninger og konsesjonstildelinger. Dette subsumeres nå direkte inn under reglene om de fire friheter uten at det stilles spørsmål i relasjon til artikkel 86.⁷² Dette må også gjelde i forhold til telekonsesjoner. Innenfor telesektoren er det imidlertid uttrykkelig uttalt i sekundærlovgivningen at en frekvensrettighet ikke er en særlig eller eksklusiv rettighet hvis konsesjonstildelingen er i overensstemmelse med kravene som stilles til en slik prosess etter reglene om de fire friheter.⁷³

På bakgrunn av dette går jeg ikke nærmere inn på hvilke krav som eventuelt kan utledes fra EF-traktaten artikkel 86 i forhold til en aktørbegrensning og en aktørutvelgelse. Den praktiske betydningen av dette er imidlertid liten fordi bestemmelsen i realiteten er en påminnelse om at aktørbegrensninger kan være i strid med fellesskapsretten og at slike begrensninger ikke må bryte ikke-diskriminerings- og forholdsmessighetsprinsippet.⁷⁴

⁷² Op.cit. s. 153. Se også *Gambelli* premiss 59.

⁷³ Graver s. 237

⁷⁴ Bekkedal s. 147

3 Konsesjoner og reglene om de fire friheter

Den ene hoveddelen i denne oppgaven er en nærmere gjennomgang av når fellesskapsstatene har adgang til å konsesjonsbelegge en virksomhet og hvilke krav konsesjonsordningen og konsesjonstildelingen eventuelt må overholde. Som jeg har nevnt ovenfor, vurderes lovligheten av konsesjonsordninger i dag opp mot reglene om de fire friheter. Innledningsvis gir jeg en oversikt og gjennomgang av dette regelsettet. Deretter diskuterer jeg hvilke krav og kriterier dette regelsettet stiller opp i forhold til konsesjonsordninger og konsesjonstildelingsprosesser.

3.1 Innledning

Den europeiske telekommunikasjonssektoren er et godt eksempel på at det er lange tradisjoner for å benytte seg av konsesjonsordninger for å regulere adgangen til et marked. Tidligere var denne sektoren organisert som et monopol hvor det statlige telekommunikasjonsforetaket hadde den eneste konsesjonen eller rettighetsposisjonen i markedet. I dag brukes konsesjonsinstituttet innenfor den samme sektoren som et verktøy for å holde rede på hvilke aktører som har rett til å utnytte de enkelte frekvensene innenfor det elektromagnetiske frekvensspekteret. I forbindelse med 3G-konsesjonene er det disse frekvensrettighetene som avgjør hvilke mobiltelefonioperatører som får rett til å anlegge, inneha og drive offentlige 3G-nett.

De materielle reglene i fellesskapstraktatene stiller ingen uttrykkelige krav til konsesjonsordninger eller andre offentlige systemer som inneholder en eller annen form for aktørbegrensning. Det betyr imidlertid ikke at fellesskapsreglene uten videre godtar slike ordninger. Et hvert tiltak og virkemiddel som medlemsstatene benytter seg av i forhold til nasjonale markeder, må være i samsvar med de grunnleggende fellesskapsreglene. Siden konsesjonsordninger per definisjon legger begrensninger på de fire friheter, er det i

hovedsak fellesskapsrettens grunnleggende prinsipper om ikke-diskriminering og forholdsmessighet som danner det rettslige grunnlaget for hvilke krav man må stille til en aktørbegrensning og en aktørutvelgelse. Det finnes imidlertid ingen rettspraksis som tar stilling til det direkte forholdet mellom konsesjonsinstituttet og disse reglene. Reguleringen av nasjonale myndigheters adgang til å konsesjonsbelegge konkurranseutsatte markeder og kravene konsesjonstildelingsprosesser må oppfylle, avgjøres på bakgrunn av rettspraksis der EF-domstolen på generelt grunnlag tar stilling til innholdet i dette regelsettet. Det helhetlige bildet må med andre ord settes sammen av mindre fragmenter fra rettspraksis. Dette må i tillegg suppleres og utfylles med eventuell sekundærlovgivning.

Et sentralt spørsmål er i hvilken utstrekning fellesskapsstatene har adgang til å begrense rettssubjektenes rett til å utøve næringsvirksomhet. Vurderingen kan deles i to. For det første må det spørres om konsesjonsordningen og aktørbegrensningen er lovlig inngrep i rettighetene som reglene om de fire friheter gir foretakene. Hvis konsesjonsordningen passerer denne vurderingen og karakteriseres som forenlig med fellesskapsretten, oppstår spørsmålet om det samme regelverket stiller spesielle krav til aktørutvelgelsen.

3.2 Reglene om de fire friheter

Uttrykket "*de fire friheter*" er et kjent fellesskapsrettslig begrep. Det er imidlertid verken brukt i EF-traktaten, EØS-avtalen eller noen av de andre fellesskapstraktatene. Begrepet er i stor utstrekning brukt i den juridiske litteraturen og den politiske debatten. Uttrykket brukes som en samlebetegnelse på fellesskapsrettens grunnleggende prinsipper om fri bevegelse av varer, tjenester, personer og kapital. EF-traktatens materielle bestemmelser på dette området finnes hovedsaklig i artikkel 23 til 69.⁷⁵ Dette er kjernen i realiseringen av det indre markedet og skal legge forholdene til rette for at produkter kan tilbys og etterspørres i hele fellesskapsområdet uavhengig av geografisk plassering.

⁷⁵ De tilsvarende reglene i EØS-avtalen finner vi i artikkel 8 til 45.

På samme måte som fellesskapsretten generelt sett har reglene om de fire friheter utviklet seg over tid. I sin opprinnelige form ble dette sett på som et diskrimineringsforbud som forbød medlemsstatene å skille mellom nasjonalitet i forbindelse med produktutvekslingen.⁷⁶ De samme reglene har i dag utviklet seg til et restriksjonsforbud. De opprinnelige synspunktene er foreldet. Reglene tolkes som generelle forbud mot å legge unødvendige begrensninger eller restriksjoner på bevegeligheten til de fire friheter.⁷⁷ Det er ikke lenger nødvendig å konstatere nasjonalitetsbestemt diskriminering for at reglene skal være overtrådt. Det betyr for eksempel at en offentlig ordning kan være en restriksjon eller en begrensning på retten til å etablere ny virksomhet, selv om den ikke forskjellsbehandler nasjonale og utenlandske aktører. Derimot vil alle ordninger som forskjellsbehandler aktørene på grunn av nasjonalitet, være restriksjoner som fanges opp av det samme forbudet. Det avgjørende momentet er altså ikke om den offentlige ordningen skiller mellom nasjonale og utenlandske foretak, men om foretaket blir fratatt muligheten til å starte ny virksomhet og tilby tjenester på fritt grunnlag. Gjeldende tolkning og forståelse av reglene om de fire friheter er med andre ord videre enn tilfellet var da regelsettet ble forstått som et diskrimineringsforbud hvor det var skillet mellom aktørenes nasjonalitet som avgjorde spørsmålet i forhold til reglene om de fire friheter. Reglenes vide nedslagsfeltet griper inn i medlemsstatenes suverenitet, samtidig som det legger klar begrensning på handlefriheten til det offentlige i forhold til reguleringen av nasjonale markeder. Restriksjonsforbudet setter imidlertid ikke realiseringen av det indre markedet foran ethvert samfunnshensyn. De nasjonale myndighetene blir ikke låst helt fast av fellesskapsreglene. Offentlige ordninger som isolert sett er i strid med det indre markedet, og som derved legger begrensninger på de fire friheter, kan etter nærmere vurdering erklæres forenlig med fellesskapsretten hvis de kan forankres i et av unntaksgrunnlagene.

Utgangspunktet er at ordninger som legger en eller flere begrensninger på de fire friheter, bare kan unntas fra restriksjonsforbudet hvis de faller inn under EF-traktatens egne

⁷⁶ Bekkedal s. 152

⁷⁷ Graver s. 225

unntaksbestemmelser. Begrensninger i etableringsretten kan for eksempel godtas etter artikkel 46 hvis disse er begrunnet med ”...hensynet til offentlig orden, sikkerhet...[eller]...folkehelse...”. Det samme gjelder restriksjoner knyttet til adgangen til å yte tjenester innenfor fellesskapsområdet.⁷⁸ Tilsvarende hensyn ligger bak EF-traktatens øvrige unntak fra restriksjonsforbudet. Unntakene bygger på hensyn som har likheter med de obligasjonsrettslige force majeure-situasjonene. Nedslagsfeltet er derved svært begrenset. EF-domstolen har gjentatte ganger fastslått dette. Den har presisert at unntaksbestemmelsene må tolkes snevert, fordi de er unntak som modererer det grunnleggende utgangspunktet om å fjerne markedshindringer mellom medlemsstatens nasjonale markeder og ikke den reelle hovedregelen.⁷⁹ Rettspraksis gir flere eksempler på hva som forstås med de enkelte hensynene. Eksport og importforbud i forbindelse med mynter som har opphørt som betalingsmiddel, er for eksempel blitt godkjent ut fra hensynet til offentlig orden, mens krav om eksportlisens i forhold til kontroll av varer av strategisk betydning kan begrunnes med hensynet til offentlig sikkerhet.⁸⁰ EF-traktatens opplisting av hensynene som kan begrunne at restriksjoner godtas, er uttømmende.⁸¹

En restriksjon kan imidlertid erklæres som fellesskapsforenlig selv om den ikke faller inn under et av EF-traktatens snevre unntaksgrunnlag. Som et supplement til de traktatbestemte unntakene har EF-domstolen utviklet den såkalte læren om allmenne hensyn. Dette er et ulovfestet unntaksgrunnlag som skal fange opp viktige samfunnshensyn som ikke er omfattet av de lovbestemte unntakene. Læren har sin opprinnelse i *Cassis de Dijon* hvor EF-domstolen for første gang aksepterte andre hensyn enn de som nevnes uttrykkelig i EF-traktaten som mulige unntaksgrunnlag.⁸² Det ble bekreftet i *Gilli og Andres* og er senere

⁷⁸ Jf. EF-traktaten artikkel 55 jf. artikkel 46

⁷⁹ Sejersted m/fl. s. 274

⁸⁰ Op.cit. s. 315 flg.

⁸¹ *Bauhuis* premiss 12

⁸² *Cassis de Dijon* premiss 8. Dette gjaldt det daværende diskrimineringsforbudet.

blitt ansett som gjeldende rett i forhold til det tidligere diskrimineringsforbudet og det nåværende restriksjonsforbudet.

Hovedinnholdet i læren om allmenne hensyn er at restriksjoner som gjelder i samme utstrekning for nasjonale og utenlandske aktører, det vil si opprinnelsesnøytrale eller ikke-diskriminerende restriksjoner, kan unntas fra restriksjonsforbudet hvis det er mulig å begrunne restriksjonen med ett eller flere allmenne hensyn.⁸³ EF-domstolen har kommet frem til tre vilkår som må være oppfylt for at en restriksjon skal kunne falle inn under denne læren.⁸⁴

For det første må det anføres et allment hensyn. Begrepet ”allment hensyn” er vanskelig å avgrense. Det kan ikke stilles opp noen uttømmende liste over hva som er et allment hensyn. Rettspraksis viser imidlertid hvilke kategorier hensyn EF-domstolen mener faller inn under begrepet. I *Cassis de Dijon* anførte EF-domstolen for eksempel hensynene til effektiv skattekontroll, god handelsskikk og beskyttelse av forbrukere som relevante hensyn. Det kan imidlertid tenkes andre hensyn. I senere saker har domstolen blant annet anført miljøhensyn, arbeidsmiljøhensyn og kulturhensyn som allmenne hensyn.⁸⁵ Det er imidlertid helt klart at alle hensyn som medlemsstatene tar i forhold til egne økonomiske interesser, faller utenfor begrepet.⁸⁶ Det ville være i strid med den grunnleggende målsetningen om et indre marked hvis medlemsstatene skulle ha adgang til å se bort fra den frie bevegelseheten til de fire friheter på bekostning av egne økonomiske interesser. Selv om restriksjoner kan godtas, er den overordnede målsetningen å legge forholdene til rette for at det indre markedet fungerer uavhengig landegrensene. Hadde økonomiske hensyn vært et relevant unntaksgrunnlag, ville det ha satt en effektiv stopper for denne målsetningen. Hva som er et allment hensyn må med andre ord vurderes konkret.

⁸³ Sejersted m/fl. s. 312

⁸⁴ *Cassis de Dijon* premiss 8

⁸⁵ Sejersted m/fl. s. 317

⁸⁶ Ibid.

Utgangspunktet er imidlertid at alle samfunnshensyn med unntak av de som er økonomisk motiverte kan aksepteres som legitime, allmenne hensyn.

Det andre vilkåret som må oppfylles for at læren om allmenne hensyn skal danne grunnlag for lovlige restriksjoner, er kravet om at begrensningen ikke må diskriminere aktørene på bakgrunn av nasjonalitet. Det vil med andre ord si at restriksjonen må være opprinnelsesnøytral. Dette vilkåret bygger på det generelle ikke-diskrimineringsprinsippet i EF-traktaten artikkel 12 som gir uttrykk for at det er forbudt for medlemsstatene å forskjellsbehandle aktørene i det indre markedet ut fra nasjonalitet. Dette omfatter alle former for diskriminering, herunder direkte, indirekte, skjult og åpen forskjellsbehandling. Restriksjoner som ikke behandler markedsaktørene på bakgrunn av nasjonalitet, må forankres i et av de lovbestemte unntaksgrunnlagene og ikke den ulovfestede læren om allmenne hensyn, hvis de skal være forenlige med det indre markedet og fellesskapsretten.

Det siste og avgjørende vilkåret for om en restriksjon kan erklæres som forenlig med fellesskapsretten og det indre markedet på bakgrunn av EF-domstolens lære, er at den må være saklig begrunnet ut fra det anførte hensynet samtidig som den er et forholdsmessig og nødvendig virkemiddel. EF-domstolen legger på denne måten opp til at restriksjonen må vurderes opp mot det generelle forholdsmessighetsprinsippet⁸⁷. Vurderingstemaet og det sentrale spørsmålet er om det anførte hensynet kan ivaretas ved hjelp av andre og mindre inngripende midler.⁸⁸ Er det forholdsmessighet mellom målet man søker å oppnå og midlene man bruker for å gjøre det?

⁸⁷ Forholdsmessighetsprinsippet er klart formulert i blant annet *Guimont* premiss 27

⁸⁸ *Frankrike mot Kommisjonen* premiss 46

3.3 Lovligheten av konsesjonsordninger

3.3.1 Innledning

Alle næringsdrivende foretak har rett til å etablere virksomhet og tilby tjenester innenfor den sektoren og det markedet de selv ønsker. Dette er et resultat av fellesskapsrettens fire friheter, nærmere bestemt etablerings- og tjenestefriheten. EF-traktaten artikkel 43 slår fast at *”Restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en medlemsstat på en annen medlemsstats territorium skal...være forbudt.”*, og artikkel 49 sier at *”...restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen Fellesskapet...[er]...forbudt”*. I det følgende betegner jeg dette som aktørenes næringsfrihet. Hvis myndighetene pålegger foretakene innenfor et nærmere avgrenset marked å ha konsesjon eller en annen form for offentlig tillatelse for å etablere virksomhet eller tilby tjenester, preges markedet av etableringshindringer og restriksjoner på tjenestefriheten. Dette er i utgangspunktet uønsket og skaper problemer i forhold til restriksjonsforbudene og den sektorspesifikke sekundærlovgivningen. Spørsmålet er når de nasjonale myndighetene har adgang til å konsesjonsbelegge et marked og derved legge lovlige restriksjoner på næringsfriheten.

3.3.2 Vurderingen etter reglene om de fire friheter

EF-domstolen har flere ganger tatt stilling til lovligheten av offentlige ordninger som inneholder en eller annen form for aktørbegrensning. I *Analir* vurderte domstolen lovligheten av en offentlig ordning som krevde at alle aktører innenfor sjøtransportsektoren måtte få administrativ forhåndsgodkjennelse før de fikk rett til å utøve sjøtransportvirksomhet. Dette er en type ordning som representerer kjernen i den europarettslige forståelsen av konsesjonsbegrepet. EF-domstolen oppfattet denne ordningen som et problem i forhold til tjenestefriheten til aktørene innenfor sjøtransportsektoren. Domstolen konkluderte med at slike ordninger er en restriksjon eller begrensning på de fire friheter.⁸⁹ Setter vi denne konklusjonen i sammenheng med konsesjonsordningene som de europeiske landene har anvendt i forbindelse med innføringen av UMTS som tredje

⁸⁹ *Analir* premiss 22

generasjons mobiltelefoni, er det klart at kravet om å være i besittelse av en konsesjon for å bygge ut og drive et UMTS-nettverk er en begrensning og restriksjon på næringsfriheten til de potensielle 3G-aktørene. På samme måte som godkjennelsesordningen innenfor sjøtransportsektoren fratok sjøtransportfirmaer den frie adgangen til å yte slike tjenester, setter 3G-konsesjonene en effektiv stopper for mobiloperatørenes generelle adgang til å etablere seg på 3G-markedet. Det betyr at reglene om de fire friheter i utgangspunktet inneholder et generelt forbud mot å begrense markedsadgangen ved hjelp av konsesjonsordninger eller andre offentlige ordninger med tilsvarende effekt. Lovligheten av ordninger som inneholder aktørbegrensninger må derfor forankres i enten EF-traktatens egne unntaksbestemmelser eller i den ulovfestede læren om allmenne hensyn, både generelt sett og innenfor telesektoren.

Som jeg har påpekt ovenfor, er EF-traktatens lovbestemte unntak det generelle utgangspunktet for spørsmålet om en restriksjon på de fire friheter kan unntas fra de grunnleggende restriksjonsforbudene. I forhold til næringsfriheten omfatter disse lovbestemte unntakene hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelse. Språklig sett er dette snevre hensyn med et lite anvendelsesområde. EF-domstolen har slått fast at dette skal tolkes restriktivt. Alminnelige næringsrettede konsesjonsordninger som den EF-domstolen vurderte i *Analir*, og konsesjonsordninger i forbindelse med utbygging og drift av mobiltelefoninettverk, kan ytterst sjelden begrunnes med denne type hensyn. De lovbestemte unntakene er med andre ord ikke relevante unntaksgrunnlag i forhold til denne fremstillingen. Jeg går derfor ikke nærmere inn på tolkningen og vurderingen av disse hensynene.

Selv om en konsesjonsordning ikke kan begrunnes ut fra de lovbestemte unntakene, er den ikke avskåret fra å være forenlig med fellesskapsretten. Den domstolsutviklede læren om allmenne hensyn må trekkes inn i vurderingen før ordningen eventuelt kan karakteriseres som ulovlig og dermed i strid med fellesskapsretten og det indre markedet. Dette er det sentrale unntaksgrunnlaget i forhold til konsesjonsordninger innenfor telesektoren og 3G-markedet.

Operatører som skal bygge ut og drifte mobiltelefoninettverk, enten det dreier seg om eldre NMT- og GSM-nettverk eller det nye 3G-nettet, er avhengige av å kunne utnytte frekvenser innenfor bestemte forhåndsfastsatte frekvensområder.⁹⁰ Som jeg har nevnt ovenfor, bygger konsesjonsordninger som retter seg mot frekvensfordelingen, på hensynet til forvaltningen av det elektromagnetiske frekvensspektret.⁹¹ Spørsmålet er om dette er et relevant allment hensyn som kan begrunne unntak fra det generelle forbudet mot å legge begrensninger på næringsfriheten.

Restriksjoner kan i utgangspunktet begrunnes ut fra ethvert hensyn. Det betyr at hensynet til forvaltningen av det elektromagnetiske frekvensspektret som en naturlig begrenset ressurs i utgangspunktet er et relevant hensyn. Spørsmålet er om det er noe ved dette som gjør at det likevel ikke er egnet til å være grunnlag for et unntak fra restriksjonsforbudet. Etter min oppfatning er ikke det tilfellet. Konsesjonsordninger har alltid vært, og er fremdeles, et alminnelig godkjent verktøy for nasjonale myndigheter i forbindelse med frekvensforvaltningen. Systemet er blitt anvendt i forbindelse med både eldre og nyere tolkning av fellesskapsreglene uten at det har ført til at anvendelsen av konsesjonsinstituttet er blitt ansett for å være i strid med fellesskapsretten. Det er som jeg har nevnt ovenfor, først og fremst økonomiske hensyn som faller utenfor læren om allmenne hensyn. At myndighetene ønsker å ha kontroll over hvilke aktører som skal ha rett til å utnytte de enkelte frekvensene, og derved legge grunnlaget for å kunne unngå at ressursen overforbrukes, kan ikke sies å være økonomisk motivert. Dette gjelder også selv om staten kan generere store inntekter ved å auksjonere bort frekvensrettighetene. Dette er heller motivasjonen bak valget av tildelingsmodell fremfor begrunnelsen bak hvorfor det er nødvendig å anvende aktørbegrensninger. Markedets verdivurdering av en eller flere konsesjonsrettigheter kan ikke ha betydning for spørsmålet om forvaltningen av frekvensspektret er et allment hensyn eller ikke. Hensynet til forvaltningen av det elektromagnetiske frekvensspektret er med andre ord et relevant allment hensyn.

⁹⁰ Se NPT-rapport 1999 s. 9 om frekvenssituasjonen i forbindelse med UMTS-nettverkene.

⁹¹ Se del 2.2.2

Konsesjonstildelingsprosessen som de europeiske myndighetene har gjennomført i forbindelse med konsesjonsordningene på det europeiske 3G-markedet, har vært åpen for aktører fra ethvert land innenfor fellesskapsområdet. Tyske mobiloperatører har for eksempel hatt mulighet til å kaste seg inn i kampen om de tilgjengelige 3G-konsesjonene i Storbritannia. Den tidligere tyske statsmonopolisten Deutsche Telecom, nå T-Mobile, var en av fem aktører som gikk seirende ut av den britiske 3G-auksjonen.⁹² På samme måte har britiske aktører hatt anledning til å søke om 3G-konsesjoner i andre fellesskapsstater. Verdens største telekommunikasjonsfirma, britiske Vodafone, har for eksempel etablert seg med 3G-nett i et stort antall land i Europa. Dette omfatter blant annet Hellas, Ungarn, Irland, Italia, Nederland og Portugal. Det har også vært tilfellet i forbindelse med de norske 3G-konsesjonene. På lik linje med konsesjonstildelingen i de øvrige EU- og EFTA-statene har hver enkelt tildelingsrunde vært åpen for aktører fra alle medlemsstatene innenfor EØS-området. Konsesjonsutlysningene har ikke inneholdt noen form for krav til konsesjonssøkernes eller auksjonsdeltakernes nasjonalitet. Svenske Tele2 var en av aktørene som ble tildelt 3G-konsesjon i den første tildelingsrunden, mens franske Orange var en annen søker som ikke nådde opp i konkurransen om å få en av konsesjonene.⁹³ Så vidt jeg kan se er det ingenting som tyder på at konsesjonsordningene knyttet til de europeiske 3G-konsesjonene har stilt krav til nasjonaliteten til de involverte aktørene. På grunn av det etter hvert globale ansiktet som telesektoren har fått og de enkelte markedsaktørenes stadige internasjonalisering, vil det uansett ikke være fruktbart for de enkelte medlemsstatene å reservere de tilgjengelige telekonsesjonene til de nasjonale aktørene. Ikke-diskrimineringsprinsippet må med andre ord kunne sies å ha være overholdt i forhold til aktørbegrensninger innenfor telesektoren.

Det betyr at det avgjørende momentet for om anvendelsen av konsesjonsordninger i forbindelse med det europeiske 3G-markedet er forenlig med fellesskapsretten, er spørsmålet om det i det hele tatt er nødvendig å konsesjonsbelegge markedsadgangen og

⁹² Auksjonsresultat – Storbritannia

⁹³ 114/2000

retten til å bygge ut 3G-nettverk. Er konsesjonsordninger et proporsjonalt eller forholdsmessig virkemiddel i tilknytning til forvaltningen av det elektromagnetiske frekvensspekteret? Nødvendighetskravet i det ulovfestede unntaksgrunnlaget inneholder i hovedsak to elementer. For det første må tiltaket være egnet til å ivareta det anførte hensynet. For det andre må tiltaket stå i et rimelig forhold til dette hensynet.⁹⁴ Det sistnevnte spørsmålet er en forholdsmessighetsvurdering av tiltakets mål og midler.

EF-domstolen tar som regel utgangspunkt i vurderingen av tiltakets egnethet før den gjennomfører den avgjørende proporsjonalitetsvurderingen. Dette er en naturlig angrepsvinkel siden det vil være uinteressant og unødvendig å gjennomføre en forholdsmessighetsvurdering hvis tiltaket likevel ikke kan godtas fordi det ikke er egnet til å fremme det anførte hensynet. Reklameforbud for alkoholholdige drikkevarer er for eksempel blitt vurdert som et egnet virkemiddel for å bekjempe alkoholmisbruk og en forholdsmessig restriksjon på de fire friheter på bakgrunn av folkehelsen. Forvaltningen av det elektromagnetiske frekvensspektret er et godt eksempel på en oppgave som det er naturlig å legge til de statlige myndighetene. Rett til å utnytte denne ressursen vil alle aktører innenfor telesektoren og mobiltelefonmarkedet være interesserte i å ha. Når det teknisk sett ikke er mulig å utnytte de forskjellige frekvensene i ubegrenset utstrekning, må tilgangen begrenses og kontrolleres på en eller annen måte. Staten eller et statlig organ er den mest nærliggende aktøren til å få ansvaret for en slik kontroll. Dette vil være den mest hensiktsmessige løsningen sett ut i fra blant annet habilitetshensyn. I denne sammenhengen fremstår konsesjonsinstituttet som et svært passende virkemiddel. Det har alltid vært, og er fremdeles, et vanlig verktøy for å kontrollere sektorer og markeder hvor det er ønskelig eller nødvendig med et nærmere bestemt antall aktører. Slik jeg ser det, kan det ikke herske særlig tvil om at konsesjonsordninger er et egnet virkemiddel for å forvalte det elektromagnetiske frekvensspekteret og derved sørge for at frekvensressursene ikke utnyttes i større utstrekning enn det som er ønskelig og teknisk mulig. Det gjelder selvfølgelig også i forhold til 3G-konsesjonene.

⁹⁴ Sejersted m/fl. s. 319

EF-domstolens fortolkning av forholdsmessighetsprinsippet relatert til anvendelsen av læren om allmenne hensyn består av to deler. For det første må det vurderes i hvilken utstrekning medlemsstatene skal ha adgang til å legge det anførte hensynet til grunn for å forsvare en restriksjon på næringsfriheten. I juridisk teori betegnes dette som vurderingen av hensynets beskyttelsesnivå.⁹⁵ EF-domstolen er normalt forsiktig med å overprøve medlemsstatenes vurderinger. Dette gjelder spesielt hvis det er snakk om sentrale hensyn som folkehelse, offentlig orden, moral og sikkerhet. Konsesjonsordninger innenfor telesektoren kan som nevnt ovenfor ikke begrunnes med slike hensyn. Frekvensspekteret kan bare utnyttes i en begrenset utstrekning. Det er vitenskapelig dokumentert.⁹⁶ I forhold til denne type informasjon har EF-domstolen slått fast at beskyttelsesnivået må avgjøres ut fra internasjonale forskningsresultater. Hvis det derimot er usikkerhet om innholdet i den endelige konklusjonen, er det vanligvis medlemsstatenes egne vurderinger som legges til grunn for beskyttelsesnivået.⁹⁷ Det utelukkes imidlertid at domstolen kan sette medlemsstatens egne vurderinger til side hvis den mener det er til det beste for fellesskapet og det indre markedet. Settes dette i sammenheng med frekvenssituasjonen innenfor telesektoren, hersker det ingen tvil om at det er behov for at en eller flere uavhengige aktører får i oppgave å forvalte og styre tilgangen og fordelingen av frekvensene innenfor det elektromagnetiske frekvensspekteret. Konsesjonsordninger må med andre ord kunne sies å være et egnet virkemiddel for å ivareta hensynet til frekvensforvaltningen.

Forholdsmessighetsvurderingen innebærer for det andre at hensynet som tiltaket påberoper seg, ikke må kunne oppnås og ivaretas ved hjelp av mindre inngripende midler. Dette er kjernen i proporsjonalitetsprinsippet. Her er det langt mindre rom for skjønn fra medlemsstatenes side.⁹⁸ EF-domstolen er med andre ord atskillig mer pågående i forhold til å prøve medlemsstatenes vurdering av denne vurderingen enn hva den er i forbindelse med

⁹⁵ Sejersted m/fl. s. 269

⁹⁶ NASA – frekvensspekteret

⁹⁷ Jf. *Muller og Melkunie*

⁹⁸ Sejersted m/fl. s. 321

vurderingen av beskyttelsesnivået. Spørsmålet i forhold til 3G-konsesjonene er om dette er det minst inngripende virkemiddelet for å sikre at det elektromagnetiske frekvensspekteret forvaltes i ønskelig og påkrevd utstrekning. Frekvenssituasjonen gjør det nødvendig å ha oversikt over hvilke tjenester som legger beslag på de enkelte frekvensområdene, og hvilke sektorer, markeder og aktører som skal ha rett til å utnytte de enkelte frekvensene. I denne sammenhengen er konsesjonsordninger et virkemiddel som fellesskapslandene har brukt i stor utstrekning uten at det tidligere er blitt stilt spørsmål ved om samme mål kan oppnås ved hjelp av andre tiltak. Det eksisterer med andre ord en bred praksis og enighet som peker i retning av at konsesjonsordninger i alle fall ikke er et uforholdsmessig virkemiddel i forhold til forvaltningen av frekvensressursen. Etter min oppfatning er det heller ikke noe som tyder på noe annet. Konsesjonsinstituttet er et oversiktlig og velutprøvd system i forhold til oppgaven det har innenfor telesektoren. Det må med andre ord kunne sies å være forholdsmessighet mellom hensynet til forvaltningen av det elektromagnetiske frekvensspekteret og utnyttelsen av konsesjonsordninger.

Konsesjonsordningene som fellesskapsstatene har brukt i forbindelse innføringen av UMTS som tredje generasjon mobiltelefoni må anses å være en lovlig restriksjon på næringsfriheten til aktørene innen det europeiske mobiltelefonimarkedet.

3.3.3 Vurderingen etter sekundærlovgivningen

Selv om en konsesjonsordning er i overensstemmelse med reglene om de fire friheter og det grunnleggende prinsippet om å ikke legge restriksjoner eller begrensninger på bevegeligheten av for eksempel varer og tjenester, kan sektorspesifikk sekundærlovgivning avskjære muligheten til å begrense markedsadgangen. Sekundærlovgivningen kan stille ytterligere vilkår for når en aktørbegrensning skal være et lovlig inngrep i næringsfriheten. Det finnes imidlertid ikke noe entydig bilde av hvordan sekundærlovgivningen forholder seg til aktørbegrensninger.⁹⁹ Dette beror på de tekniske, økonomiske og politiske

⁹⁹ Graver s. 238

forholdene i hver enkelt sektor.¹⁰⁰ Kravene som sekundærlovgivningen stiller, må med andre ord vurderes i forhold til hver enkelt sektor og hvert enkelt marked, ikke på tvers av de forskjellige næringsområdene.

Innenfor telekommunikasjonssektoren er det tillatelsesdirektivet som er den sentrale sekundærrettslige rettskilden i forhold til utnyttelsen av tillatelses- og godkjennelsesordninger. Anvendelsesområdet til direktivet er definert i artikkel 1 andre ledd. Der heter det at direktivet ”...*shall apply to authorisations for the provision of electronic communications networks...*”. Dette innebærer at direktivet får virkning i forhold til alle tillatelser som kan relateres til elektroniske kommunikasjonsnettverk.

Fellesskapsrettens forståelse av begrepet ”elektroniske kommunikasjonsnettverk” er nærmere avgrenset og definert i definisjonsbestemmelsen til det generelle rammedirektivet. Denne definisjonen gjelder også i forhold til det samme begrepet i tillatelsesdirektivet, jf. artikkel 2 (1). Rammedirektivet artikkel 2 bokstav a definerer et elektronisk kommunikasjonsnettverk som ethvert system som kan frakte signaler via kabler, radiofrekvenser eller andre elektroniske systemer som satellitter, fastnett eller mobile nettverk. Det er med andre ord ingen tvil om at forskjellige mobiltelefoninettverk faller inn under denne definisjonen.

Det generelle utgangspunktet etter tillatelsesdirektivet er at medlemsstatene har plikt til å sørge for at alle næringsdrivende aktører har fri adgang til å etablere elektroniske kommunikasjonsnettverk og tilby tjenester innenfor slike nettverk i det nasjonale telemarkedet.¹⁰¹ Begrensninger på næringsfriheten kan i utgangspunktet bare gjennomføres i samsvar med unntaksgrunnlagene til reglene om de fire friheter.¹⁰² Dette innebærer at tillatelsesdirektivet i utgangspunktet legger opp til den samme hovedregelen som reglene om de fire friheter. Det vil med andre ord si et forbud mot å legge begrensninger eller

¹⁰⁰ Op.cit. s. 241

¹⁰¹ Jf. tillatelsesdirektivet art. 3 (1)

¹⁰² Ibid.

restriksjoner på næringsfriheten til de potensielle markedsaktørene. Tillatelsesdirektivet modifierer imidlertid denne hovedregelen i forbindelse med et konkret tilfelle; forvaltningen av det elektromagnetiske frekvensspekteret og de enkelte frekvenstillatelsene. Utgangspunktet er likevel at det også her i lengst mulig grad skal være næringsfrihet, jf. artikkel 5 (2) første ledd. Myndighetene har først mulighet til å begrense adgangen til å etablere nye elektroniske kommunikasjonsnettverk og å tilby tjenester innenfor slike nettverk hvis det er et nødvendig virkemiddel for å sikre effektiv og virksom utnyttelse av knappe frekvensressurser.¹⁰³ Etter min oppfatning kan dette leses som et uttrykk for telekommunikasjonsrettens svar på læren om allmenne hensyn og forholdsmessighetsvurderingen knyttet opp mot vurderingen av om aktørbegrensningen er et lovlig inngrep i næringsfriheten. I norsk sammenheng er dette regulert gjennom ekomloven kapittel 6. De enkelte frekvensene kan ikke tas i bruk uten at aktøren har fått de nødvendige tillatelsene fra norske myndigheter, jf. § 6-2 første ledd. I tillegg kan antall frekvenstillatelser bare begrenses hvis det blir ansett nødvendig for å ivareta forbrukernes interesser og for å legge forholdene til rette for en bærekraftig utvikling, jf. § 6-4 første ledd. Det er med andre ord samsvar mellom fellesskapsretten generelt sett, sekundærlovgivningen innenfor telesektoren og den nasjonale lovgivningen i Norge.

Settes tillatelsesdirektivet og 3G-konsesjonene i sammenheng med reglene om de fire friheter og det generelle restriksjonsforbudet, ser vi at sekundærlovgivningen innenfor telesektoren ikke innebærer reelle forskjeller eller endringer i forhold til når fellesskapslandene har adgang til å bruke konsesjonsordninger som verktøy for å forvalte det elektromagnetiske frekvensspekteret. Kravene til når medlemsstatene skal ha adgang til å konsesjonsbelegge et marked, er i praksis de samme. Det betyr at konsesjonsordningene knyttet til 3G-markedet er i samsvar med kravene i sekundærlovgivningen innenfor telekommunikasjonssektoren.

¹⁰³ Op.cit. art. 5 (5)

3.4 Fellesskapsrettslige krav til tildelingsprosessen

3.4.1 Innledning

Når en konsesjonsordning og de begrensningene den fører med seg blir ansett for å være en lovlig restriksjon på næringsfriheten, oppstår spørsmålet om hvordan medlemsstatene skal gjennomføre prosessen med å velge hvilke aktører som skal tildeles de tilgjengelige konsesjonene. Er det fritt frem for den enkelte medlemsstat å organisere aktørutvelgelsen som de selv ønsker, eller må denne prosessen følge et bestemt regelsett? I likhet med når medlemsstatene skal ha adgang til å konsesjonsbelegge et marked, stiller fellesskapsretten krav til gjennomføringen av aktørutvelgelsen. Spørsmålet er hvilke krav reglene om de fire friheter og sekundærlovgivningen stiller til en konsesjonstildelingsprosess.

3.4.2 Vurderingen etter reglene om de fire friheter

Forholdet mellom reglene om de fire friheter og gjennomføringen av aktørutvelgelsen har verken vært gjenstand for generell gjennomgang eller vurdering i rettspraksis. Det foreligger ingen avgjørelser som direkte behandler dette spørsmålet. Vi har imidlertid avgjørelser fra både førsteinstansretten og EF-domstolen som indirekte sier noe om regelverkets krav til en slik prosess. Som nevnt ovenfor, er det de fellesskapsrettslige prinsippene om ikke-diskriminering og forholdsmessighet som er de sentrale elementene i denne vurderingen.

Ikke-diskrimineringsprinsippet stiller i følge rettspraksis hovedsaklig to krav til en aktørutvelgelse. For det første må tildelingen foretas på bakgrunn av en åpen og gjennomsiktig prosess. For det andre må prosessen være gjenstand for en upartisk gjennomføring. Dette innebærer at de nasjonale myndighetene må legge forholdene til rette slik at alle aktører gis like muligheter og samme forutsetninger for å kunne bli tildelt en konsesjon.

Åpenhetskravet ble første gang trukket frem som en del av ikke-diskrimineringsprinsippet da førsteinstansretten vurderte reglene om offentlige anskaffelser opp mot myndighetenes

konkrete aktørutvelgelse i *Unitron*. Førsteinstansretten konkluderte med at ikke-diskrimineringsprinsippet ikke kunne tolkes innskrenkende. Den oppstilte derfor et krav om at aktørutvelgelsen i forbindelse med en offentlig anskaffelse må være åpen og gjennomsiktig.¹⁰⁴ Bakgrunnen for innfortolkning av åpenhetskravet i ikke-diskrimineringsprinsippet var at det skulle bli lettere for andre enn de involverte partene å vurdere i ettertid om prosessen baserte aktørutvelgelsen på deltakernes nasjonalitet. Det medførte at det samtidig oppstod spørsmål om prinsippet innebar at alle konkurransebaserte aktørutvelgelser måtte gjennomføres som en skjønnhetskonkurranse på bakgrunn av anbudsmodellen. Førsteinstansretten avviste en slik tolkning av ikke-diskrimineringsprinsippet og det allerede fastslåtte kravet om åpne og gjennomsiktede aktørutvelgelser.¹⁰⁵ Selv om rettighetstildelingen må være åpen og gjennomsiktig, er ikke det ensbetydende med at skjønnhetskonkurranser er eneste godkjente opplegg. Medlemsstatene må ha fri adgang til å benytte seg av andre tildelingsmetoder i forbindelse med en konkurransebasert aktørutvelgelse. Ikke-diskrimineringsprinsippet utelukker ikke konsesjonsauksjoner som lovlig tildelingsmetode så fremt auksjonen oppfyller kravet til åpenhet og gjennomsiktighet.

Denne tolkningen av ikke-diskrimineringsprinsippet fikk større rettskildemessig vekt etter at EF-domstolen bekreftet førsteinstansrettens krav om åpne og gjennomsiktede utvelgelsesprosesser i *Teleaustria*.¹⁰⁶ Denne saken handlet ikke om offentlige anskaffelser, men om konsesjonskontrakter og gjennomføringen av aktørutvelgelsen når myndighetene har oppfordret markedsaktørene til å fremsette tilbud. EF-domstolen definerte innholdet i åpenhetskravet som at aktørutvelgelsen må ha ”...*en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver...*” når myndighetene tar sikte på å dele ut en eller flere spesielle rettighetsposisjoner.¹⁰⁷ Åpne tildelingsprosesser ble ansett som en nødvendig og

¹⁰⁴ *Unitron* premiss 29 til 31

¹⁰⁵ Op.cit. premiss 30

¹⁰⁶ *Teleaustria* premiss 61

¹⁰⁷ Op.cit. premiss 62

viktig del av det kontinuerlige arbeidet med å skape og ivareta konkurransen i det indre markedet. Hvis forholdene rundt en aktørutvelgelse ikke er gjennomsliktig, blir det særdeles vanskelig for andre å vurdere om medlemsstatene forskjellsbehandler aktørene på bakgrunn av nasjonalitet. Manglende åpenhet ville ha påvirket konkurransesituasjonen og konkurranseparametrene på en negativ måte. Samtidig som EF-domstolen bekreftet kravet om åpne tildelingsprosesser, valgte den å gå lenger enn førsteinstansretten i tolkningen av ikke-diskrimineringsprinsippet. Domstolen konkluderte med at alle tildelingsprosesser må være upartiske hvis de skal anses for å være i tråd med ikke-diskrimineringsprinsippet.¹⁰⁸ EF-domstolen uttalte imidlertid ikke hva den la i dette kravet.

Innfortolkningen av kravet om åpne og upartiske tildelingsprosesser i ikke-diskrimineringsprinsippet leder frem til spørsmålet om dette samtidig innebærer at de nasjonale myndighetene har en plikt til å utlyse eller på andre måter offentliggjøre planene om å dele ut en eller flere konsesjoner. Det er ikke rettslig avklart, men problemstillingen er blitt tatt opp enkelte ganger. I *Unitron* konkluderte man som nevnt ovenfor, med at det ikke var mulig å stille opp et krav på bakgrunn av ikke-diskrimineringsprinsippet om at alle tildelingsprosesser må organiseres og gjennomføres på bakgrunn av anbudsmodellen. Dette kan også forstås slik at det heller ikke er grunnlag for å innfortolke utlysningskrav i ikke-diskrimineringsprinsippet. I *RI.SAN* berørte ikke EF-domstolen dette spørsmålet selv, men Generaladvokaten gikk inn på problemstillingen i sin rådgivende uttalelse. Han konkluderte med at det var uklart om prinsippet nødvendiggjorde utlysning for å tilfredsstille ikke-diskrimineringsprinsippet og formålet bak forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling. I *Brixen* kom derimot EF-domstolen frem til at manglende utlysning og dermed direkte tildeling av rettigheten i forbindelse med en konsesjonskontrakt, var i strid med ikke-diskrimineringsprinsippet.¹⁰⁹ Hvis tildelingen av en slik rettighet ikke offentliggjøres, blir det heller ikke mulig for potensielle aktører å tilkjenne sin eventuelle interesse. Bekkedal mener dette trekker i retning av at hovedregelen må være utlysning i

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ *Brixen* premiss 50

forbindelse med alle rettighetstildelinger.¹¹⁰ Det er eventuelle unntak fra dette utgangspunktet som må begrunnes.¹¹¹ Da kommer den ulovfestede læren om allmenne hensyn inn i bildet. EF-domstolens uttalelse i *Teleaustria* om ”en passende grad av offentlighet” trekker også i denne retningen.¹¹²

Det er ytterst usikkert om reglene om de fire friheter og ikke-diskrimineringsprinsippet krever at konsesjonstildelinger må offentliggjøres. Uttalelsene fra Generaladvokaten kan ikke tillegges særlig rettskildemessig vekt. Dette gjelder spesielt fordi EF-domstolen overhodet ikke vurderte spørsmålet. Det er imidlertid ingen tvil om at utlysninger generelt sett vil være bedre egnet til å legge forholdene til rette for åpne og upartiske tildelingsprosesser enn manglende offentliggjøring. Konsesjonsordninger som innleder aktørutvelgelsen på bakgrunn av utlysning, må i alle fall regnes for å være i samsvar med ikke-diskrimineringsprinsippet så lenge den ellers oppfyller kravet om å være en åpen, gjennomiktig og upartisk prosess. Konsesjonstildelinger som ikke offentliggjøres, vil derimot være gjenstand for en nærmere helhetsvurdering før prosessen eventuelt kan sies å være i samsvar med ikke-diskrimineringsprinsippet og læren om allmenne hensyn. Jeg går imidlertid ikke nærmere inn på denne vurderingen. Slik jeg vurderer saken, taler imidlertid de fleste hensyn for innfortolkning av et utlysningskrav i åpenhets- og gjennomiktighetskriteriet.

Som nevnt ovenfor, handler avgjørelsene i *Unitron*, *Teleaustria* og *Brixen* om gjennomføring av offentlige anskaffelser og tildeling av konsesjonskontrakter. Kan innholdet i disse avgjørelsene anvendes direkte i forhold til konsesjonsordninger og konsesjonstildelinger generelt sett, eller er de avgrenset til bare å gjelde de konkrete rettighetssystemene? Etter min oppfatning må tolkningsresultatet kunne anvendes i en større sammenheng enn konteksten til de aktuelle sakene. Innholdet i avgjørelsene dreier

¹¹⁰ Bekkedal s. 163

¹¹¹ Ibid.

¹¹² *Teleaustria* premiss 62

seg om tolkningen av det grunnleggende ikke-diskrimineringsprinsippet. Kravene om at en tildelingsprosess skal være åpen og upartisk for å sikre at ingen aktører blir foretrukket på grunn av nasjonalitet, må gjelde i samme utstrekning enten det gjelder dreier seg om offentlige anskaffelser, konsesjonskontrakter eller andre rettighetsordninger som på en eller annen måte begrenser de fire friheter. Dette synes også å være oppfatningen i teorien.¹¹³

EF-domstolen har også innfortolket kriterier til konsesjonstildelingsprosesser i forholdsmessighets- eller proporsjonalitetsprinsippet. I *Frankrike mot Kommisjonen* fremhevet EF-domstolen spesielt tre krav som dette prinsippet anses å stille overfor en rettighetstildeling med et begrenset antall tillatelser. For det første må ordningen bygge på objektive kriterier. Disse kriteriene må for det andre være kjent for aktørene før den endelige tildelingen foretas. Aktørene som berøres av denne formen for restriksjon, må for det tredje ha anledning til å benytte rettsmidler for å angripe avgjørelsen. Dette har Graver tolket dit hen at også forholdsmessighetsprinsippet krever åpne og upartiske tildelingsprosesser i tillegg til at aktørene må ha anledning til å forutberegne utfallet av tildelingen.¹¹⁴ Det samme ble trukket frem i EF-domstolens avgjørelse i *Analir*.¹¹⁵ Konsekvensen av at EF-domstolen har innfortolket denne type krav til tildelingsprosesser i det generelle forholdsmessighetsprinsippet, er at ikke bare lovligheten av konsesjonsordningen skal begrunnes ut fra den ulovfestede læren om allmenne hensyn, men også utformingen av de konkrete saksbehandlingsreglene og tildelingskriteriene som er relatert til den tilhørende aktørutvelgelsen.¹¹⁶

Setter vi kravene som førsteinstansretten og EF-domstolen har innfortolket i henholdsvis ikke-diskrimineringsprinsippet og forholdsmessighetsprinsippet i sammenheng med tildelingen av de europeiske 3G-konsesjonene, har Kommisjonen flere ganger konstatert at

¹¹³ Graver s. 233 og Bekkedal s. 162

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ *Analir* premiss 38

¹¹⁶ Graver s. 233

EF-domstolens betingelser må legges til grunn innenfor telesektoren.¹¹⁷ Så lenge tildelingen blir gjennomført på bakgrunn av objektive, ikke-diskriminerende, detaljerte og forholdsmessige kriterier, har ikke Kommisjonen funnet grunnlag for å angripe medlemslandenes avgjørelser om hvilke aktører som skal få de tilgjengelige konsesjonene.

3.4.3 Vurderingen etter sekundærlovgivningen

Som nevnt ovenfor, gir ikke sekundærlovgivningen noe entydig bilde av hvilke krav den stiller til en aktørbegrensning og den tilhørende aktørutvelgelsen på generelt grunnlag. Direktivene gir inntrykk av et noe ulikt ønske om å regulere tildelingsprosessen. Nedenfor går jeg inn på hvilke krav sekundærlovgivningen i henholdsvis petroleumssektoren, gassektoren og telesektoren stiller til en aktørutvelgelse.

I forbindelse med konsesjonstildelinger innenfor petroleumssektoren er *oljedirektivet* av særlig interesse. Fortalen i dette direktivet fokuserer på det grunnleggende hensynet om at alle aktører skal ha lik adgang til for eksempel tildeling av en utvinningstillatelse. Dette er uttrykk for den samme regelen som de alminnelige fellesskapsreglene legger til rette for gjennom ikke-diskrimineringsprinsippet. Fortalen sier også at eventuelle tillatelser må gis på bakgrunn av objektive og tidligere offentliggjorte kriterier. Dette kjenner vi igjen fra forholdsmessighetsprinsippet. Selv om det er uttrykt i fortalen og dermed ikke har noen selvstendig rettskildemessig betydning, gir det likevel en god indikasjon på hva fellesskapsretten forventer av en aktørutvelgelse innenfor petroleumssektoren når adgangen til markedet beror på en tillatelse som ikke alle aktørene kan ha på samme tidspunkt. I tillegg til at fortalen inneholder denne formen for retningsgivende uttalelser, stiller oljedirektivet et uttrykkelig og generelt krav til offentliggjøring av konsesjonstildelinger innenfor petroleumssektoren.¹¹⁸ Dette står i skarp kontrast til annen sekundærlovgivning og fellesskapsretten for øvrig. Bakgrunnen for at fellesskapsmyndighetene har valgt å ta dette

¹¹⁷ Se for eksempel E-3119/00

¹¹⁸ Jf. oljedirektivet artikkel 3

kravet inn i en av bestemmelsene til oljedirektivet, har vært ønsket om å fremme effektiv og virksom konkurranse innenfor sektoren på en klar og tydelig måte.¹¹⁹

Innenfor gassektoren legger *gassdirektivet* opp til at hver enkelt medlemsstat selv skal kunne avgjøre om den ønsker å konsesjonsbelegge sektoren. Hvis medlemsstatene først velger å innføre konsesjonsordninger, stiller direktivet i hovedsak de samme kravene til tildelingsprosessen som det reglene om de fire friheter gjør. Tildelingen skal baseres på objektive og ikke-diskriminerende kriterier, jf. artikkel 4 (2). Gassdirektivet krever heller ikke at medlemsstatene gjennomfører konsesjonstildelinger på bakgrunn av én bestemt tildelingsmodell. Det er opp til medlemsstatene å utforme tildelingsprosessen og saksbehandlingsreglene. En forutsetning er at prosessen holder seg innenfor forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling.¹²⁰

Sekundærlovgivningen innenfor telekommunikasjonssektoren spiller en relativt tilbaketrukket rolle i forhold til de kravene den stiller til konsesjonstildelingsprosesser. Tillatelsesdirektivet regulerer dette i artikkel 7. Det eneste denne bestemmelsen krever, er at rettighetstildelingen må baseres på objektive, gjennomsiktede, ikke-diskriminerende og forholdsmessige utvelgelseskriterier.¹²¹ Direktivet har altså ingen klare regler for hvordan medlemsstatene skal utforme saksbehandlingsreglene i forbindelse med konsesjonstildelingen.¹²² Det eneste denne bestemmelsen gjør, er å konstatere uttrykkelig at de generelle prinsippene om ikke-diskriminering og forholdsmessighet også kommer til anvendelse i forbindelse med rettighetstildelinger innenfor telesektoren. Det betyr at man faller tilbake på den generelle tolkningen av ikke-diskriminerings- og forholdsmessighetsprinsippet når det skal avgjøres hva som kreves av en konsesjonstildelingsprosess innenfor telekommunikasjonssektoren.

¹¹⁹ Graver s. 238

¹²⁰ Op.cit. s. 239

¹²¹ Jf. tillatelsesdirektivet artikkel 7 (3)

¹²² Graver s. 240

På samme måte som den øvrige sekundærlovgivningen legger heller ikke tillatelsesdirektivet noen føringer på hvilken tildelingsmodell medlemsstatene må benytte. Det fremkommer imidlertid i artikkel 7 (1) bokstav d at myndighetene må invitere interesserte aktører til å søke om å få en frekvenstillatelse. Dette skal skje etter at medlemsstatene har avgjort hvordan de ønsker å fordele de tilgjengelige tillatelsene. Det gjelder uavhengig av om man velger konsesjonsauksjon eller skjønnhetskonskurranse, men peker i retning av at konsesjonene må utlyses. Spørsmålet om sekundærlovgivningen innenfor telesektoren skulle kreve en bestemt form for tildelingsprosess, ble diskutert og vurdert i forbindelse med utformingen av tillatelsesdirektivet. Kommisjonen la sterke føringer på at konsesjonsauksjoner ville være den beste løsningen ved tildeling av frekvensrettigheter.¹²³ Medlemsstatenes oppfatning var imidlertid at det måtte være opp til de enkelte landene å avgjøre hvilke metoder de mente ville være den beste løsningen. Konsekvensen av uenigheten var at det ikke ble tatt inn noe krav om bestemte tildelingsprosesser i tillatelsesdirektivet. Graver mener dette er resultat av et bevisst valg om at direktivet ikke skal binde medlemsstatene til en bestemt form for konsesjonstildeling.¹²⁴ I forbindelse med spørsmålet om tildelingen av de spanske 3G-konsesjonene var i samsvar med fellesskapsretten, la Kommisjonen det samme utgangspunktet til grunn.¹²⁵ Det som kreves, er at konsesjonstildelingen følger reglene og retningslinjene som innfortolkes i fellesskapsretten generelt sett og i den relevante sekundærlovgivningen.¹²⁶

Dette viser at sekundærlovgivningen ikke bringer inn andre krav til aktørutvelgelsen enn de EF-domstolen allerede har innfortolket som en del av de grunnleggende fellesskapsreglene, herunder ikke-diskriminerings- og forholdsmessighetsprinsippet.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Op.cit. s. 241

¹²⁵ Jf. E-3119/00

¹²⁶ Ibid.

4 Konsesjoner og statsstøtteregelverket

4.1 Innledning

Selv om konsesjonsinstituttet har en lang historie bak seg i både norsk og europeisk sammenheng, representerer spørsmålet om konsesjoner kan lede frem til statsstøtterettslige problemstillinger en ny tankegang. Det finnes ingen rettspraksis, det foreligger bare noen få uttalelser fra fellesskapsinstitusjonene som berører spørsmålet og det er generelt skrevet lite om temaet i teorien. Det betyr at denne delen av fremstillingen blant annet må vurdere spørsmålet om det i det hele tatt er relevant å vurdere statsstøtteregelverket hvis en konsesjonsordning oppfyller kravene etter de generelle fellesskapsreglene. Selv om en aktørbegrensning og tilhørende aktørutvelgelse er i overensstemmelse med den alminnelige fellesskapsretten, kan det spørres om det ikke likevel er mulig å problematisere enkelte elementer ved konsesjonsinstituttet i forhold til statsstøtteregelverket.

4.2 Statsstøtteregelverket

En av hovedmålsetningene med EU- og EØS-samarbeidet er å legge forholdene til rette for like konkurransevilkår og effektiv konkurranse blant markedsaktørene. Dette har man forsøkt å oppnå ved hjelp av et system som skal forhindre uønskede konkurransevidringer.¹²⁷ Konkurrans- og statsstøtteregelverket er en del av dette.

Statsstøtte er som regel uønsket i et konkurranseutsatt marked. Hvis enkelte foretak mottar statsstøtte, reduseres mulighetene for at markedsaktørene kan konkurrere på like vilkår. Støtten får med andre ord negative konsekvenser for alle andre enn støttemottakeren. Aktører som ikke mottar slik støtte, men som likevel utnytter ressursene mer effektivt, risikerer på denne måten å tape konkurransen med den ytterste konsekvens å måtte trekke

¹²⁷ Se EF-traktaten artikkel 3 (1) bokstav g og EØS-avtalen artikkel 1 (2) bokstav e

virksomheten fra markedet.¹²⁸ Statsstøtteforbudet skal forhindre at myndighetene foretar en slik form for forskjellsbehandling.

4.2.1 Forbudet mot å yte statsstøtte

Statsstøtteregelverket er plassert i EF-traktaten artikkel 87 til 98.¹²⁹ Hovedregelen og det generelle forbudet mot å yte statsstøtte finner vi i artikkel 87 (1). Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”Med de unntak som er fastsatt i denne traktat, skal statsstøtte eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, være uforenlig med det felles marked i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom medlemsstatene.”

Denne ordlyden legger opp til fem vilkår som omfatter:

- 1) en eller annen form for støtte
- 2) støtten må være gitt av en medlemsstat i EU¹³⁰ eller ved hjelp av statsmidler
- 3) støtten må være spesifikk eller konkret ved at den begunstiger et bestemt foretak eller produksjonen av enkelte varer
- 4) støtten må vri eller true med å vri konkurransen
- 5) støtten må kunne påvirke samhandelen

Disse vilkårene er kumulative. Det vil si at ulovlig statsstøtte først kan foreligge når alle vilkårene er oppfylt, og forholdet ikke kan subsumeres inn under et av unntakene. I det følgende slår jeg sammen vilkårene om støtte og hvem som har gitt støtten, til et felles vilkår om *statsstøtte*.

¹²⁸ Kristiansen s. 54

¹²⁹ Tilsvarende EØS-avtalen artikkel 61 til 64

¹³⁰ EFTA-stat i forhold til EØS-avtalen

Støttebegrepet er verken definert i EF-traktaten eller i EØS-avtalen. Det er imidlertid presisert og tolket av EF-domstolen flere ganger. Språklig sett har støttebegrepet et vidt nedslagsfelt. EF-domstolen har kommet frem til en bred tolkning hvor støtte omfatter alle ensidige ytelser som resulterer i at mottageren oppnår en økonomisk fordel.¹³¹ Det er gjentatte ganger blitt påpekt at det er effekten og den faktiske virkningen av en handling som avgjør om det er støtte, ikke måten den gis på eller målsetningen med handlingen.¹³² Det praktiske innholdet i støttebegrepet rekker dermed lenger enn bare tilføring av for eksempel frisk kapital. Handlinger som er av samme art, eller som har en tilsvarende virkning, for eksempel overføring av eiendomsrett, overpris i forbindelse med en kontrakt eller skatte- og avgiftsfritak,¹³³ vil også være støtte i EF-traktatens forstand.¹³⁴ Ytelsen må imidlertid være vederlagsfri.¹³⁵ Det er ikke naturlig å snakke om støtte hvis en aktør yter en eller annen form for kompensasjon for fordelene som ytelsen til myndighetene gir. Motytelsen må imidlertid tilsvare markedspris hvis den skal være egnet til å fjerne støttepreget. Noe annet ville lagt veien åpen for omgåelse av forbudet gjennom symbolske vederlag.

Hvis det handler om ulovlig statsstøtte, må støtten ytes av en medlemsstat eller ved hjelp av statlige midler. Dette retter seg først og fremst mot ytelser fra staten og sentraladministrasjonen. EF-domstolen har imidlertid slått fast at statsbegrepet i EF-traktaten artikkel 87 også omfatter lokale myndigheter som kommuner og andre regionale enheter.¹³⁶ Forbudet mot å yte statsstøtte omfatter også ytelser fra andre hvis de gis ved hjelp av statlige midler. Begrepet "statsmidler" peker i retning av at ytelsen må ha utspring fra det offentlige økonomi. Det stilles imidlertid ikke krav om at det offentlige har

¹³¹ Jf. *Belgia mot Kommisjonen* premiss 23

¹³² D'Sa s. 55

¹³³ Se D'Sa s. 56 for en liste over andre ytelser som faller inn under støttebegrepet

¹³⁴ Kristiansen s. 63

¹³⁵ Jf. *Denkavit* premiss 29 til 31

¹³⁶ Jf. *Tyskland mot Kommisjonen* premiss 17. Se også Hancher m/fl. s. 24.

disponert midlene, men midlene må ha sin opprinnelse i tiltak fra det offentlige.¹³⁷ Dette er ment å dekke de mer indirekte formene for statsstøtte hvor sentraladministrasjonen har opprettet eller valgt private aktører til å forvalte eller distribuere støtten på vegne av myndighetene.¹³⁸

Kravet om at støtten må være spesifikk eller konkret, omtales i teorien som selektivitetskravet.¹³⁹ I utgangspunktet er det opp til hver enkelt medlemsstat å utforme sin egen økonomiske politikk. Ytelser som alle aktørene i et marked eller en sektor drar fordel av, for eksempel generelle skattereduksjoner, faller ikke inn under statsstøtteregelverket. Selektivitetskravet avgrenser støttemottageren på to alternative måter, personelt mot ”foretak” og funksjonelt mot ”produksjonen av enkelte varer”. Foretaksbegrepet er mye brukt i fellesskapstraktatene. EF-domstolen har i hovedsak tolket og utviklet begrepet i forhold til EF-traktaten artikkel 81 og 82, men begrepet bør likevel forstås og anvendes på samme måte i alle bestemmelsene.¹⁴⁰ Den gjeldende tolkningen av begrepet omfatter alle enheter som uavhengig finansiering og rettslig status utøver det EF-domstolen har betegnet som ”økonomisk virksomhet”.¹⁴¹ Dette må imidlertid avgrenses mot offentlige organer og offentlig myndighetsutøvelse.¹⁴²

Statsstøtte vil imidlertid være lovlig hvis den ikke vrir konkurransen eller truer med å vri denne. Dette innebærer for det første at statsstøtten må rette seg mot foretak innenfor konkurranseutsatte markeder. Alt annet ligger utenfor rekkevidden til statsstøtteregelverket. For det andre må det foreligge en konkurransevridding. Dette vilkåret er vidt formulert. EF-domstolen har ikke lagt opp til en streng vurdering av dette forholdet. Det er blant annet

¹³⁷ Sejersted m/fl. s. 599

¹³⁸ Jf. *Sloman Neptun* premiss 19

¹³⁹ Hancher m/fl. s. 29

¹⁴⁰ Sejersted m/fl. s. 602

¹⁴¹ Jf. *Höfner* premiss 21

¹⁴² Jf. *Eurocontrol* premiss 30

ikke nødvendig at statsstøtten *faktisk* vrir konkurransen. Det er tilstrekkelig at statsstøtten *kan* vri konkurransen.¹⁴³

For å falle inn under statsstøtteforbudet må støtteytelsen og konkurransebegrensningene ha et grenseoverskridende element. Dette omtales som samhandelskriteriet og innebærer at støtten må være egnet til å påvirke samhandelen¹⁴⁴. Det skal normalt sett lite til før dette vilkåret er oppfylt. EF-domstolen har blant annet oppstilt en presumsjon for at samhandelskriteriet er oppfylt hvis støttemottakeren er involvert i grenseoverskridende handel, og støtten styrker aktørens stilling overfor konkurrentene på fellesskapsnivå.¹⁴⁵

4.2.2 Lovlig statsstøtte

Statsstøtte kan være et positivt og nødvendig tiltak i enkelte tilfeller. Statsstøtteregelverket gjenspeiler dette ved at forbudet i EF-traktaten artikkel 87 ikke er et absolutt forbud, men et forbud det er mulig å gjøre unntak fra i bestemte situasjoner. I bestemmelsens andre ledd er det uttrykt tre forhold hvor det *skal* være lovlig å yte statsstøtte. Tredje ledd åpner for muligheten til å godta støtteordninger på bakgrunn av en mer skjønnsmessig vurdering ut fra et sett med nærmere angitte formål. Unntakene kan deles inn i såkalte skal- og kan-unntak. EF-domstolen har tolket denne bestemmelsen og de tilhørende kan-unntakene som at de legger til rette for et vidt skjønn.¹⁴⁶

4.3 Konsesjoner og statsstøtteregelverket

Konsesjonsordninger innenfor fellesskapsområdet må som jeg har nevnt ovenfor, være i overensstemmelse med ethvert regelsett innenfor fellesskapsretten. Dette omfatter så vel forbudet mot å legge begrensninger eller restriksjoner på bevegelsen til de fire friheter

¹⁴³ Kristiansen s. 97

¹⁴⁴ Dette omfatter alle økonomiske transaksjoner mellom medlemsstatene. Op.cit. s. 110.

¹⁴⁵ Jf. *Phillip Morris* premiss 11 og 12

¹⁴⁶ Jf. *Glaverbel* premiss 21

som forbudet mot å yte ulovlig statsstøtte. I forhold til den rettslige sammenhengen mellom konsesjonsordninger og statsstøtteregelverket, har Kommisjonen uttalt at lovlige konsesjonsordninger og konkurransebaserte konsesjonstildelinger i utgangspunktet ikke overtrer forbudet mot å yte statsstøtte.¹⁴⁷ Det innebærer at aktørutvelgelser som enten er lagt opp som en konsesjonsauksjon eller som en skjønnhetskonskurranse, i prinsippet ikke danner grunnlag for ulovlig statsstøtte så lenge rettighetstildelingen er åpen, gjennomslutlig, objektiv og ikke-diskriminerende. Det betyr at konsesjonsordninger og konsesjonstildelingsprosesser som overholder ikke-diskriminerings- og forholdsmessighetsprinsippet i utgangspunktet ikke reiser statsstøtterettslige problemstillinger. Statsstøtteregelverket kommer normalt sett derfor heller ikke til anvendelse. Det medfører imidlertid ikke at medlemsstatene kan se bort fra statsstøtteregelverket når de utformer saksbehandlingsreglene og prosedyrene for rettighetstildelingen i forbindelse med en konsesjonsordning. Aktørbegrensningen og den praktiske gjennomføringen av aktørutvelgelsen må ikke legge forholdene til rette for at det kan være mulig å gi statsstøtte til de involverte aktørene gjennom konsesjonsordningen selv om både ikke-diskrimineringsprinsippet og forholdsmessighetsprinsippet er oppfylt.¹⁴⁸

Som jeg har nevnt ovenfor, består statsstøtteregelverket og forbudet mot å yte ulovlig statsstøtte av fem kumulative vilkår. Enkelte av disse betingelsene har en mer sentral karakter og er vanskeligere å oppfylle enn andre. Dette gjør seg også gjeldende i forhold til problemstillinger knyttet til konsesjoner. I relasjon til temaet for denne fremstillingen og spørsmålet om det kan reises statsstøtterettslige problemstillinger rundt de europeiske 3G-konsesjonene, er hovedsaklig statsstøttevilkåret og konkurransebegrensningskriteriet av særlig interesse. Hvis en omstendighet rundt denne type konsesjoner har en karakter som gjør det mulig å konstatere statsstøtte som er konkurransebegrensende, skal det etter min oppfatning mye til før spesialitetskravet og samhandelskriteriet avskjærer muligheten for at det dreier seg om ulovlig statsstøtte.

¹⁴⁷ Jf. E-3119/00

¹⁴⁸ Ibid.

4.4 En oversikt over mulige problemstillinger

Det er flere elementer ved konsesjonsinstituttet som kan tenkes å reise problemstillinger i forhold til forbudet mot å yte ulovlig statsstøtte. Dette omfatter for eksempel myndighetenes utforming av saksbehandlingsregler knyttet til aktørutvelgelsen, variasjon i hvor mye medlemsstatene krever i konsesjonsavgift fra de enkelte konsesjonærene og eventuelle etterfølgende endringer av konsesjonsvilkår. I det følgende skal jeg forsøke å belyse disse problemstillingene i forhold til statsstøtteregelverket.

4.4.1 Egenskapene ved de enkelte tildelingsmodellene

Når medlemsstatene velger å konsesjonsbelegge en handling eller virksomhet, må de også ta stilling til hvordan de tilgjengelige rettighetsposisjonene skal fordeles. Hva skal være det avgjørende momentet? Skal det være kjøpekraften til de interesserte aktørene eller skal det være ønsket og evnen til å påta seg og oppfylle et sett med nærmere spesifiserte forpliktelser? I forhold til telekommunikasjonssektoren og 3G-markedet er det som nevnt ovenfor et flertall av medlemsstatene som har valgt å auksjonere bort konsesjonene. Både nasjonale myndigheter og fellesskapsinstitusjonene har begynt å bevege seg vekk fra de tradisjonelle skjønnhetskurransene. I de fleste tilfellene har det altså vært aktørenes evne til å betale gjeldende markedspris, og ikke uttalelser om hvilke forpliktelser de kan være villige til å påta seg, som har dannet grunnlaget for hvilke aktører som til slutt har fått de tilgjengelige frekvensrettighetene. Spørsmålet er om de nasjonale myndighetenes valg av tildelingsmodell og forhold rundt dette kan forstås slik at det oppstår problemstillinger i forhold til statsstøttevilkåret. Er det elementer ved den ene tildelingsmodellen som gjør det lettere å stille støtterelaterte spørsmål enn ved den andre tildelingsmodellen?

Kjernen i statsstøttevilkåret er som nevnt ovenfor at det må foreligge en ensidig ytelse fra de statlige myndighetene. Hvis det skal være aktuelt å snakke om ulovlig statsstøtte, må denne ytelsen gi mottageren en økonomisk fordel. Når myndighetene velger å auksjonere bort en eller flere konsesjoner, betyr det at auksjonsvinnerne må betale det som på auksjonstidspunktet er markedspris for rettighetene konsesjonen representerer. I forhold til

tidspunktet for gjennomføringen av 3G-auksjonen i for eksempel Storbritannia var markedsprisen for å få rett til å bygge ut UMTS-nettverk omtrent 5 milliarder britiske pund.¹⁴⁹ Når en konsesjonær må betale et vederlag i denne størrelsesorden, og når dette i tillegg er uttrykk for markedets verdsetting av konsesjonsrettighetene, kan ikke konsesjonstildelingen oppfattes som en ensidig ytelse fra myndighetene. Vederlaget som vinnerne av en konsesjonsauksjon må betale for å få konsesjonene, kan oppfattes som en form for motytelse som fjerner ensidighetsaspektet. Denne type konsesjonstildeling fremstår mer som et kjøp og salg av rettigheter enn et tradisjonelt støtteforhold. Her er staten selger og de næringsdrivende foretakene er kjøpere. Det betyr at det blir vanskelig å påstå at myndighetene legger forholdene til rette for at det kan ytes ulovlig statsstøtte hvis konsesjonstildelingen baserer seg på auksjonsmodellen. Hovedregelen kan altså synes å være at statsstøtteregelverket ikke kommer til anvendelse ved konsesjonsauksjoner.

Denne vurderingen stiller seg litt annerledes i forhold til anbudsbaserte konsesjonstildelinger. Det er i forhold til denne typen aktørutvelgelse at spørsmålene om mulig statsstøtte har dukket opp. Skjønnhetskurranser preges av at myndighetene ikke krever markedspris som vederlag for å utstede en konsesjon. Konsesjonstildelingen beror heller på at aktørene må oppfylle et sett med forhåndsdefinerte kriterier. De aktørene som er villige til å strekke seg lengst i forhold til forpliktelser, blir tildelt konsesjon. De eventuelle konsesjonsavgiftene bærer mer preg av å være symbolsk kompensasjon enn et reelt vederlag sett i sammenheng med konsesjonsrettighetens verdi. Det betyr at konsesjonstildelingen i forbindelse med skjønnhetskurranser i utgangspunktet har et langt større preg av å være ensidig enn hva som er tilfellet ved konsesjonsauksjoner. Dette synspunktet får ytterligere vekt ved at tillatelsesdirektivet bare gir fellesskapsstatene adgang til å kreve avgifter og vederlag i forbindelse med en konsesjonsrettighet når disse skal være med på å sikre at frekvensressursene utnyttes på en optimal måte, og når de er ment å dekke administrative utgifter som myndighetene pådrar seg i forbindelse med

¹⁴⁹ Auksjonsresultat – Storbritannia

frekvensforvaltningen.¹⁵⁰ I denne sammenhengen er konsesjonsavgiftene ikke et vederlag eller en betaling i samme forstand som ved en konsesjonsauksjon, men heller en kompensasjon for gjennomføringen av konsesjonstildelingen.

Det må imidlertid spørres om forpliktelsene som aktørene pådrar seg gjennom konsesjonssøknadene i forbindelse med en anbudsprosedyre, kan være av en slik karakter at de kan oppfattes som en form for motytelse som på samme måte som vederlaget i forbindelse med en konsesjonsauksjon reduserer eller fjerner ensidighetsaspektet. I forhold til 3G-konsesjonene og telekonsesjoner generelt sett innebærer slike forpliktelser for eksempel krav til utbyggingshastighet og dekningsgrad. I 3G-konsesjonene til Telenor og NetCom kommer det for eksempel klart frem i hvilken utstrekning de respektive nettverkene må dekke geografiske og befolkningsmessige områder i Norge.¹⁵¹ Spørsmålet om denne typen forpliktelser faktisk medfører at ensidighetsaspektet ved rettighetstildelingen bortfaller, må vurderes konkret. Det må imidlertid kreves at verdien av denne type forpliktelser skal være i samsvar med markedsprisen for konsesjonsrettighetene hvis den skal være egnet til å fjerne støttepreget. Så lenge dette ikke samsvarer, vil en større eller mindre del av konsesjonstildelingen bære preg av å være støtte. Jeg går imidlertid ikke nærmere inn på denne vurderingen i forhold til konkrete konsesjonsordninger.

Dette viser at skjønnhetskonkurranser i større grad enn konsesjonsauksjoner kan legge forholdene til rette og åpne mulighetene for at konsesjonstildelingen og andre forhold rundt tildelingsprosessen kan føre til at myndighetene yter en eller annen form for ulovlig statsstøtte. Det utelukker imidlertid ikke at det også kan konstateres ulovlig statsstøtte i forbindelse med en konsesjonsauksjon. Valget av tildelingsmodell er ikke tilstrekkelig

¹⁵⁰ Jf. tillatelsesdirektivet artikkel 12 og 13

¹⁵¹ Jf. punkt 6 i Telenor 3G-konsesjon og NetCom 3G-konsesjon

grunnlag for å konstatere ulovlig statsstøtte i seg selv.¹⁵² Dette beror på de konkrete forholdene rundt hver enkelt konsesjonsordning.

4.4.2 Svingninger i størrelsen på konsesjonsavgiftene

Flere land i Europa har vært nødt til å gjennomføre mer enn én tildelingsrunde for å dele ut de tilgjengelige 3G-konsesjonene. Dette har blant annet ført til at størrelsen på konsesjonsavgiftene som de enkelte konsesjonærene har måttet betale, har variert fra land til land og fra runde til runde. Spørsmålet er om reduksjon i konsesjonsavgiftene fra en tildelingsrunde til en annen faller inn under statsstøtteregelverket.

Sammen med Norge er Tsjekkia et av landene som har gjennomført flere tildelingsrunder i forbindelse med tildelingen av 3G-konsesjonene. Dette skjedde fordi telemyndighetene ikke klarte å dele ut alle konsesjonene i den første runden. I 2001 ble Eurotel og T-Mobile tildelt to av fire tsjekkiske konsesjoner, mens en tredje ble gitt til Oskar i 2005.

Konsesjonsavgiften som Oskar måtte betale, var imidlertid betydelig lavere enn den tilsvarende avgiften som de to første aktørene ble avkrevd. Dette førte til at Eurotel og T-Mobile innleverte en klage til Kommisjonen. De hevdet i klagen at enkelte forhold rundt tildelingen av 3G-konsesjonen til Oskar utgjorde en form for ulovlig statsstøtte.

I desember 2006 ble resultatet av Kommisjonens gjennomgang og vurdering av den andre tildelingsrunden i forbindelse med de tsjekkiske 3G-konsesjonene offentliggjort.¹⁵³

Konklusjonen som Kommisjonen etter hvert kom frem til, var at de tsjekkiske telemyndighetene ikke på noen som helst måte hadde ytet ulovlig statsstøtte til Oskar. Dette ble begrunnet med at bakgrunnen for den store reduksjonen i størrelsen på konsesjonsavgiften, var de store omveltningene som 3G-markedet hadde gjennomgått i løpet av tiden mellom den første og den andre konsesjonstildelingen. Det ble blant annet

¹⁵² Jf. E-3119/00

¹⁵³ IP/06/1870. Avgjørelsen er for øyeblikket ikke offentliggjort, men innholdet er gjengitt i en pressemelding fra Kommisjonen.

påpekt at markedet opererte med langt lavere inntektsprognoser i 2005 enn hva som var tilfellet da de første konsesjonene ble fordelt i 2001. Størrelsen på konsesjonsavgiftene hadde også falt over hele Europa i tiden etter den første tildelingen i tillegg til at de forskjellige tildelingsprosessene ble gjennomført etter det samme opplegget. Konsesjonstildelingen ble med andre ord foretatt ut fra de gjeldende markedsforholdene i både Tsjeckia isolert sett og fellesskapet forøvrig.

Settes innholdet i denne avgjørelsen i sammenheng med adgangen til å gjennomføre flere tildelingsrunder i en og samme konsesjonsordning uten at det ytes statsstøtte, ser vi at Kommisjonen på generelt grunnlag ikke anser statsstøttevilkåret eller konkurransebegrensningskriteriet som oppfylt hvis endringer i konsesjonsavgiftene og andre forhold rundt konsesjonen er begrunnet med faktiske endringer i markedet. Dette gjelder for eksempel fall i forventede inntekter og en reduksjon i det generelle nivået på vederlag eller avgifter for tilsvarende rettigheter. Når denne type endringer er en forholdsmessig tilpasning av tildelingsprosessen til gjeldende markedsforhold, skal det som hovedregel mye til før man konkluderer med at tildelingen forskjellsbehandler de enkelte aktørene og danner grunnlag for støtteytelser. Hvis myndighetene i tillegg gjennomfører de enkelte tildelingsrundene ut fra den samme utvelgelsesmodellen og med de samme kriteriene knyttet opp mot konsesjonsrettighetene, får dette standpunktet ytterligere vekt. Det betyr at de nasjonale myndighetene har et visst spillerom ved utformingen av de nærmere saksbehandlingsreglene når de velger å dele konsesjonstildelingen inn i flere runder. Så lenge myndighetene holder seg innenfor forholdsmessighetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet, vil konsesjonstildelingen i utgangspunktet ikke oppfylle vilkårene for å være ulovlig statsstøtte. Dette synes også å være i overensstemmelse med Kommisjonens uttalelser i forbindelse med tildelingen av de spanske 3G-konsesjonene.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Jf. E-3119/00

4.4.3 Etterfølgende endringer av konsesjonsvilkårene

Når bestemte virksomheter eller handlinger konsesjonsbelegges, er det vanlig å knytte bestemte vilkår til de enkelte konsesjonene. Dette har også vært tilfellet i forbindelse med de europeiske 3G-konsesjonene. Vilkårene har som nevnt ovenfor, i hovedsak rettet seg mot krav til konsesjonærens utbyggingshastighet og den nærmere dekningsgraden til nettverket. Innholdet i de konkrete vilkårene har imidlertid variert fra konsesjon til konsesjon og fra land til land.

Myndighetene kan av ulike årsaker bli nødt til å endre vilkårene for en konsesjon etter at tildelingen er foretatt. I forhold til de norske 3G-konsesjonene er myndighetenes endringsadgang tatt inn som et eget punkt i konsesjonsteksten.¹⁵⁵ Etter ordlyden omfatter denne adgangen bare endringer som er til ugunst for konsesjonæren. Denne type endringer kan bare gjennomføres når det er nødvendig ut fra grunnleggende samfunnshensyn eller på grunn av internasjonale forpliktelser.¹⁵⁶ Hvis man derimot legger et ”fra det mer til det mindre”-perspektiv til grunn, antas det at myndighetene har adgang til å endre vilkårene til gunst for rettighetshaveren. På samme tid reiser slike endringer spørsmålet om myndighetene på denne måten yter ulovlig statsstøtte. En endring som er til fordel for konsesjonæren, legger forholdene til rette for at endringen kan bli karakterisert som støtte.

En reduksjon i antall forpliktelser eller en begrensning i hvor inngripende et vilkår er i forhold til konsesjonærens virksomhet, kan etter min oppfatning i prinsippet oppfylle vilkårene for å være statsstøtte. Det kan ikke være særlig tvil om at et endringsvedtak i seg selv vil være en ensidig ytelse fra de offentlige myndighetene. Spørsmålet er om denne ytelsen gir konsesjonæren en økonomisk fordel på bekostning av de øvrige markedsaktørene. Dette må naturlig nok vurderes i forhold til hver enkelt konsesjon og de konkrete endringsvedtakene. En reduksjon i for eksempel hvor stor grad konsesjonærens nettverk må dekke geografiske og befolkningmessige områder, vil kunne være egnet til å gi

¹⁵⁵ Se for eksempel NetCom 3G-konsesjon, punkt 14

¹⁵⁶ Ibid.

operatøren en økonomisk fordel. På samme tid som myndighetene opprettholder konsesjonærens adgang til å utøve en bestemt rettighet, gir den aktøren en mulighet til å spare store beløp ved at vedkommende ikke lenger har plikt til å oppfylle for eksempel et omfattende utbyggingsvilkår som opprinnelig var vilkår for å få konsesjon. Det er eventuelt de øvrige vilkårene i statsstøtteforbudet som kan føre til at en endring ikke utgjør noen form for ulovlig statsstøtte.

En variant av spørsmålet om etterfølgende endringer av konsesjonsvilkår kan være statsstøtte, kom på spissen i forbindelse med at telemyndighetene i Polen valgte å frafalle utestående konsesjonsavgifter innenfor fasttelefonimarkedet etter den endelige markedsliberaliseringen i 2001.¹⁵⁷ Før det polske fasttelefonimarkedet ble fullstendig liberalisert, måtte aktørene få konsesjon og betale høye avgifter for å få rett til å drifte fastnett og tilby telefonitjenester. Etter liberaliseringen ble retten til å utøve slik virksomhet forankret i de generelle tillatelsene som henholdsvis rammedirektivet og tillatelsesdirektivet legger opp til. Systemet med konsesjonsavgifter falt på samme tid bort. Kommisjonen konkluderte med at de polske myndighetenes vedtak om ikke lenger å innkreve tidligere fastsatte konsesjonsavgifter, ikke utgjorde ulovlig statsstøtte. Denne formen for endring av eksisterende konsesjonsforpliktelser kunne forstås som ledd i arbeidet med å skape rettferdige og like konkurranseforutsetninger for alle aktørene innenfor markedet. Et slikt synspunkt må gjelde for så vel eldre som nye aktører. Dette medførte at de polske myndighetene verken ga konsesjonærene en økonomisk fordel på bekostning av de øvrige markedsaktørene, eller at konkurransen ble vridd i uønsket retning. Verken statsstøttevilkåret eller konkurransebegrensningskriteriet var oppfylt. Dette synspunktet må også antas å gjelde for endringer av konsesjonsvilkår generelt sett.

4.4.4 Andre potensielle problemområder

I tillegg til at egenskapene ved konsesjonstildelinger, svingninger i konsesjonsavgifter og etterfølgende endringer av konsesjonsvilkår kan reise spørsmål i forhold til forbudet mot

¹⁵⁷ IP/06/83

statsstøtte, er det også andre elementer ved konsesjonsinstituttet som kan relateres til statsstøtteregelverket. Myndighetenes avveining av om en konsesjon skal ha en kommersiell karakter eller om den skal bære preg av å være mer samfunnsorientert ved for eksempel å kreve høy dekningsgrad, kan være et interessant forhold. Hvordan stiller det seg at myndighetene oppstiller ulike etableringsterskler i form av forskjellige avgifter og ulike vilkår for de enkelte aktørene innenfor en og samme konsesjonsordning? Har myndighetene plikt til å ta betalt for den type rettigheter som 3G-konsesjonene representerer? Dette er interessante problemstillinger som vi i fremtiden trolig vil få praksis på.

4.5 Konsesjoner som lovlig statsstøtte

Som nevnt ovenfor, har unntaksmulighetene i forbindelse med statsstøtte et snevert nedslagsfelt. Hvis bestemte forhold i forbindelse med alminnelige næringsrettede konsesjonsordninger som de europeiske 3G-konsesjonene, fører til at myndighetene yter ulovlig statsstøtte, kan støtten normalt sett ikke forankres i disse unntakene. Skal-unntakene er for det første utelukket siden det verken vil være tale om støtte av sosial karakter eller støtte som skal kompensere skader som har oppstått i forbindelse med det EF-traktaten betegner som usedvanlige hendelser.¹⁵⁸ I forhold til kan-unntakene er det imidlertid større usikkerhet om godkjenning av eventuelle støtteformer kan avvises like enkelt som for skal-unntakene. Dette er gjenstand for en mer konkret vurdering som jeg ikke drøfter i denne oppgaven. Hovedregelen er imidlertid at statsstøtte som ytes i forbindelse med næringskonsesjoner ikke kan godtas ut fra statsstøtteregelverkets egne unntaksgrunnlag.

¹⁵⁸ Jf. EF-traktaten artikkel 87 (2) bokstav a og b

5 Oppsummering

Denne fremstillingen har tatt sikte på å gi en oversikt og gjennomgang av det fellesskapsrettslige regelverket som kan knyttes til konsesjonsordninger. Når har de nasjonale myndighetene adgang til å benytte konsesjonsordninger for å legge begrensninger på næringsfriheten? For å belyse dette og sette regelverket inn i en praktisk sammenheng har jeg anvendt de europeiske 3G-konsesjonene som eksempel.

I del 3 konstaterte jeg at det rettslige utgangspunktet etter EF-traktaten artikkel 43 og 49 er at medlemsstatene må sørge for at aktørene i det indre markedet har næringsfrihet. Dette er en del av de fire friheter. Unntak fra denne hovedregelen må forankres i EF-traktatens lovbestemte hensyn eller den ulovfestede læren om allmenne hensyn. EF-domstolen har flere ganger slått fast at konsesjonsordninger og andre former for aktørbegrensninger er en restriksjon på næringsfriheten. Anvendelsen av konsesjonsordninger innenfor 3G-markedet er i utgangspunktet forbudt. Gjennomgangen i punkt 3.3 har imidlertid vist at det er nødvendig å konsesjonsbelegge bestemte typer virksomheter innenfor telesektoren. Konsesjonsordninger er et egnet og forholdsmessig inngrep i mobiltelefoniaktørenes næringsfrihet sett ut fra EF-domstolens lære om allmenne hensyn og hensynet til frekvensforvaltningen. I punkt 3.3.2 konstaterte jeg at de samme reglene og den samme konklusjonen også kan trekkes ut av sekundærlovgivningen. Medlemsstatene har adgang til å begrense markedstilgangen når det blir ansett for å være nødvendig på grunn av forvaltningen av frekvensressursen. Det er ingen forskjeller mellom når det er adgang til å anvende konsesjonsordninger innenfor telesektoren ut fra de alminnelige fellesskapsreglene og når den sektorspesifikke sekundærlovgivningen åpner for det samme virkemiddelet.

I del 3.4 har jeg gjennomgått fellesskapsrettens krav til en konsesjonstildelingsprosess. EF-domstolen har ikke vurdert dette spørsmålet på generelt grunnlag, men krav til tildelingsprosessen hentes fra avgjørelser som inneholder tolkninger av ikke-

diskriminerings- og forholdsmessighetsprinsippet på generelt grunnlag. En konsesjonstildeling må i hovedsak basere seg på åpne, gjennomsiktede, upartiske og objektive prosesser hvor de involverte aktørene må være kjent med tildelingskriteriene på forhånd. Det hersker imidlertid usikkerhet rundt spørsmålet om fellesskapsretten også krever at myndighetene må utlyse eller offentliggjøre konsesjonstildelinger. Jeg konkluderte imidlertid med at de fleste hensynene taler for at det bør innfortolkes et utlysningskrav i ikke-diskrimineringsprinsippet. Videre konstaterte jeg også at heller ikke på dette området kan det hentes ytterligere krav fra sekundærlovgivningen. Den sektorspesifikke reguleringen fremstår heller som en kodifisering og påminnelse om hvilke regler som faktisk gjelder enn et selvstendig grunnlag for krav til tildelingsprosessen.

Del 4 behandlet spørsmålet om enkelte elementer ved konsesjonsinstituttet kan danne grunnlag for at det reises statsstøtterettslige problemstillinger. Med utgangspunkt i uttalelser fra Kommisjonen konstaterte jeg at konsesjonsordninger og konsesjonstildelinger som tilfredsstiller kravene til åpenhet, gjennomsiktighet, objektivitet og ikke-diskriminering som hovedregel er i overensstemmelse med forbudet mot å yte statsstøtte. Gjennomføringen av konsesjonstildelingen og de øvrige forholdene rundt konsesjonen må likevel ikke være av en slik karakter at de gjør det mulig for myndighetene å yte ulovlig statsstøtte. For å unngå at en konsesjonsordning kan lede frem til ulovlig statsstøtte må de nasjonale myndighetene blant annet være påpasselige i forhold til utformingen av tildelingsregler. Svingninger i konsesjonsavgifter og andre endringer av tildelingsprosessen fra én tildelingsrunde til en annen må være forholdsmessige og ikke-diskriminerende. Det samme gjelder også for etterfølgende endringer av konsesjonsvilkår.

Statsstøtteproblemstillinger i forhold til konsesjoner er en del av fellesskapsretten som er under utvikling og Kommisjonen har flere saker til behandling. Statsstøtteproblemstillingen vil derfor etter min vurdering få et sterkere fokus i tiden som kommer enn det den har hatt frem til nå.¹⁵⁹

¹⁵⁹ Jf. E-3119/00

6 Kildehenvisning

Litteratur

- Arnesen og Borgli: Arnesen, Finn og Borgli, Anneke Biesheuvel. *Institusjoner og rettskildelære i EF og EØS : en introduksjon*. Oslo 1993, Universitetsforlaget
- D'Sa: D'Sa, Rose. *European Community Law on State Aid*. First edition. London 1998, Sweet & Maxwell
- Eckhoff/Smith: Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind. *Forvaltningsrett*. 6. utgave. Oslo 1997, Universitetsforlaget
- Hancher m/fl.: Hancher, Leigh, Ottervanger, Tom og Slot, Piet Jan. *E.C. State aids*. Second edition. London 1999, Sweet & Maxwell
- Nielsen: Nielsen, Ruth. *EU-ret*. 3. utgave. København 2002, Thomson
- Sejersted m/fl.: Sejersted, Fredrik... [et al.]. *EØS-rett*. 2. utgave. Oslo 2004, Universitetsforlaget

Tidsskriftartikler

- Bekkedal: Bekkedal, Tarjei. *Privilegerte foretak og monopoler – fellesskapsrettens skranker*. I: Jussens Venner nr. 3 2006, s. 142-169
- Cartelier: Cartelier, Lysiane. *Auctions versus beauty contests: the allocation of UMTS licences in Europe*. I: Annals of Public and Cooperative Economics, Vol. 74, s. 63-85, mars 2003

- Graver: Graver, Hans Petter. *Konsesjoner og konkurranse om krav fra fellesskapsretten til prosedyrer ved tildeling av offentlige tillatelser*. I: Lov og Rett nr. 4 og 5 2004, s. 224-244
- Kristiansen: Kristiansen, Camilla. *Norske havners økonomiforvaltning og forholdet til forbudet mot statsstøtte i EØS-avtalen*. I: Marius nr. 324, 2005
- Mestad: Mestad, Ola. *Bruk og endring av konsesjonsvilkår*. I: Marius nr. 121, 1986
- Europarettslig lovgivning*
- EF-traktaten: Traktat om opprettelse av det Europeiske fellesskap av 25. mars 1957
- EØS-avtalen: Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 2. mai 1992
- Gassdirektivet: Europaparlamentets og Rådets direktiv nr. 98/30/EF av 22. juni 1998 om felles regler for det indre marked for naturgass
- Oljedirektivet: Europaparlamentets og Rådets direktiv nr. 94/22/EF av 30. mai 1994 om vilkårene for tildeling og bruk av tillatelser til å drive leting etter og utvinning av hydrokarboner
- Rammedirektivet: Europaparlamentets og Rådets direktiv nr. 2002/21/EF av 7. mars 2002 om et generelt regulatorisk rammeverk for elektroniske kommunikasjonsnettverk og –tjenester

Tillatelsesdirektivet: Europaparlamentets og Rådets direktiv nr. 2002/20/EF av 7. mars 2002 om tillatelser til elektroniske kommunikasjonsnettverk og – tjenester

UMTS-beslutningen: Europaparlamentets og Rådets beslutning nr. 128/1999/EF av 14. desember 1998 om en samordnet innføring av et tredje generasjons mobilt og trådløst kommunikasjonsnettverk (UMTS) i Det Europeiske Fellesskap

Norsk lovgivning

Alkoholloven: Lov av 2. juni 1989 nr. 27 om omsetning av alkoholholdig drikk m.v.

Domstolloven: Lov av 13. august 1915 nr. 5 om domstolene

Ekomloven: Lov av 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon

Finansieringsvirksomhetsloven: Lov av 10. juni 1988 nr. 40 om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner

Forurensingsloven: Lov av 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall

Konkurranseloven: Lov av 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger

Konsesjonsloven: Lov av 28. november 2003 nr. 98 om konsesjons ved erverv av fast eiendom

Petroleumsloven:	Lov av 29. november 1996 nr. 72 om petroleumsvirksomhet
Yrkestransportloven:	Lov av 21. juni 2002 nr. 45 om yrkestransport med motorvogn og fartøy
<i>Rettspraksis fra EF-domstolen</i>	
Analir:	Sml. 2001 s. I-1271, <i>Analir m/fl. mot Administración General del Estado</i> , sak C-205/99
Bauhuis:	Sml. 1977 s. I-5, <i>Bauhuis mot Nederland</i> , sak C-46/76
Belgia mot Kommisjonen:	Sml. 1999 s. I-3671, <i>Belgia mot Kommisjonen</i> , sak C-75/97
Brixen:	Sml. 2005 s. I-8612, <i>Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen og Stadtwerke Brixen</i> , sak C-458/03
Cassis de Dijon:	Sml. 1979 s. I-649, <i>Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein</i> , sak C-120/78
CILFIT:	Sml. 1982 s. I-3415, <i>CILFIT mot Ministry of Health</i> , sak C-283/81
Continental Can:	Sml. 1975 s. I-495, <i>Continental Can mot Kommisjonen</i> , sak C-6/72

Denkavit:	Sml. 1980 s. I-1205, <i>Amministrazione delle finanze dello Stato mot Denkavit Italiana Srl.</i> , sak C-61/79
Eurocontrol:	Sml. 1994 s. I-43, <i>SAT Fluggesellschaft mbH mot Eurocontrol</i> , sak C-364/92
Frankrike mot Kommisjonen:	Sml. 2002 s. I-4781, <i>Frankrike mot Kommisjonen</i> , sak C-483/99
Gambelli:	Sml. 2003 s. I-13031, <i>straffesak mot Piergiorgio Gambelli</i> , sak C-243/01
Gilli og Andres:	Sml. 1980 s. I-2071, <i>straffesak mot Herbert Gilli og Paul Andres</i> , sak C-788/79
Glaverbel:	Sml. 1988 s. I-1573, <i>Glaverbel mot Kommisjonen</i> , sak C-62/87 og 72/87
Guimont:	Sml. 2000 s. I-10663, <i>straffesak mot Jean-Pierre Guimont</i> , sak C-448/98
Höfner:	Sml. 1991 s. I-1979, <i>Höfner og Elser mot Macrotron</i> , sak C-41/90
Keck:	Sml. 1993 s. I-6097, <i>straffesak mot Bernhard Keck og Mithouard</i> , sak C-267/91 og C-268/91
Melkunie:	Sml. 1984 s. I-2367, <i>straffesak mot Melkunie</i> , sak C-97/83

Muller:	Sml. 1986 s. I-1511, <i>straffesak mot Claude Muller</i> , sak C-304/84
Palmisani:	Sml. 1997 s. I-4025, <i>Palmisani mot INPS</i> , sak C-261/95
Phillip Morris:	Sml. 1980 s. I-2671, <i>Phillip Morris Holland BV mot Kommisjonen</i> , sak C-730/79
RI.SAN:	Sml. 1999 s. I-5219, <i>RI.SAN mot Commune di Ischia m/fl.</i> , sak C-108/98
Sacchi:	Sml. 1974 s. I-409, <i>Giuseppe Sacchi</i> , sak C-155/73
Sloman Neptun:	Sml. 1993 s. I-887, <i>Sloman Neptun mot Seebetriebsrat Bodo Ziesmer</i> , sak C-72/91 og C-73/91
Storbritannia og Nord-Irland I:	Sml. 1988 s. I-905, <i>Storbritannia og Nord-Irland mot Europarådet</i> , sak C-131/86
Storbritannia og Nord-Irland II:	Sml. 2003 s. I-4641, <i>Kommisjonen mot Storbritannia og Nord-Irland</i> , sak C-98/01
Teleaustria:	Sml. 2000 s. I-10745, <i>Teleaustria GmbH mot Telekom Austria AG</i> , sak C-324/98
Tyskland mot Kommisjonen:	Sml. 1987 s. I-4013, <i>Tyskland mot Kommisjonen</i> , sak C-248/84

Rettspraksis fra førsteinstansretten

Unitron:

Sml. 1999 s. I-8291, *Unitron mot Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri*, sak C-275/98

Spørsmål rettet til Kommisjonen

E-3119/00

Written Question E-3119/00 by Brigitte Langenhagen (PPE-DE) to the Commission. *Allocation of UMTS licences in Spain*. OJ 151 E, 22. mai 2001, s. 70-71

Pressemeldinger

114/2000:

Pressemelding fra Samferdselsdepartementet. *Tildeling av UMTS-konsesjoner*. http://www.regjeringen.no/nb/dokumentarkiv/Regjeringen-Stoltenberg-I/Samferdselsdepartementet/242257/242258/tildeling_av_umts_konsesjoner.html?id=242839&epslanguage=NO [sitert 24. april 2007]

99/03:

Pressemelding fra Samferdselsdepartementet. *Tredjegerasjons mobilkommunikasjonssystem (3G): Hi3G Access Norway AS får tillatelse til bruk av frekvenser*. http://www.regjeringen.no/nb/dokumentarkiv/Regjeringen-Bondevik-II/Samferdselsdepartementet/247485/248940/tredjegerasjons_mobilkommunikasjonssystem.html?id=249708&epslanguage=NO [sitert 24. april 2007]

104/06:

Pressemelding fra Samferdselsdepartementet. *Auksjon av ledig konsesjon for tredje generasjons mobilkommunikasjonssystem (3G)*. <http://www.regjeringen.no/nb/dep/sd/pressesenter/pressemeldinger/2006/Auksjon-av-ledig-konsesjon-for-tredje-generasjons-mobilkommunikasjonssystem-3G.html?id=424364&epslanguage=NO> [sitert 24. april 2007]

IP/06/83: Pressemelding fra Kommisjonen. *State aid: Commission considers revision of past licence fee liabilities of Polish telecom operators not to be aid.* IP/06/83, 29. januar 2006. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/83> [sitert 24. april 2007]

IP/06/1870: Pressemelding fra Kommisjonen. *State aid: Commission concludes that award of third Czech 3G mobile phone licence not an aid.* IP/06/1870, 21. desember 2006. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/1870> [sitert 24. april 2007]

Konsesjoner

NetCom 3G-konsesjon: *Konsesjon for å anlegge, inneha og drive et offentlig telenett av type UMTS.* <http://www.regjeringen.no/upload/SD/Vedlegg/Telekommunikasjon/umts-konsesjon%20netcom.pdf> [sitert 24. april 2007]

Telenor 3G-konsesjon: *Konsesjon for å anlegge, inneha og drive et offentlig telenett av type UMTS.* <http://www.regjeringen.no/upload/SD/Vedlegg/Telekommunikasjon/umts-konsesjon%20telenor.pdf> [sitert 24. april 2007]

Øvrige elektroniske kilder

Auksjonsresultat – Storbritannia: http://www.ofcom.org.uk/static/archive/spectrumauctions/auction/text_sums/websum2e150.html [sitert 24. april 2007]

IT-styrelsens evalueringsrapport: *Denmark 3G Auction, Auction Evaluation Report.* 3. januar 2002. <http://itst.dk/wimpblob.asp?objno=95025400> [sitert 24. april 2007]

- NASA – frekvensspekteret: *Electromagnetic spectrum*. http://imagine.gsfc.nasa.gov/docs/science/known_11/emspectrum.html [sitert 24. april 2007]
- NPT-rapport 1999: *Rapport fra NPT om etablering av et regulatorisk rammeverk for UMTS i Norge*, juni 1999. <http://www.npt.no/iKnowBase/Content/48761/umtsrapport.pdf> [sitert 24. april 2007]
- NPT-rapport 2002: *Rapport fra NPT om Det norske mobilmarkedet*. 4. januar 2002. http://www.npt.no/iKnowBase/Content/48264/rapport_mobilmarked.pdf [sitert 24. april 2007]
- UMTSworld FAQ: <http://www.umtsworld.com/umts/faq.htm> [sitert 24. april 2007]
- 3G-sekretariatets forsidenotat: *Evaluering af 3G-auktionen*. <http://itst.dk/wimpblob.asp?objno=95025401> [sitert 24. april 2007]

